



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DOTTORATO IN DIRITTO PUBBLICO,  
INTERNAZIONALE ED EUROPEO, XXXI CICLO  
CURRICULUM DI: DIRITTO INTERNAZIONALE

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, ITALIANO E  
SOVRANAZIONALE

**IL CONTRASTO AL TRAFFICO DI MIGRANTI NEL DIRITTO  
INTERNAZIONALE ED EUROPEO  
L'OPERAZIONE EUNAVFOR MED NEL MAR MEDITERRANEO**

**IUS/13**

Dottoranda: **Beatrice Gornati**  
Matricola: **R11200**

Tutor: **Prof. Marco Pedrazzi**  
Coordinatrice: **Prof.ssa Diana Urania Galetta**

A. A. 2017/2018



## INDICE

<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>9</b>
<b>1. Lo <i>smuggling</i> di migranti nel contesto della lotta al crimine organizzato transnazionale.....</b>	<b>13</b>
1.1. L'evoluzione del concetto di <i>smuggling</i> prima del Protocollo di Palermo.....	15
1.1.1 La risoluzione dell'Assemblea Generale del 1993.....	17
1.2 La definizione di <i>smuggling</i> ai sensi del Protocollo.....	21
1.2.1 Una comparazione tra le definizioni di <i>smuggling of migrants</i> e <i>trafficking in human beings</i> .....	25
1.2.1.1 Sull'evoluzione della figura dello "scafista".....	31
1.3 Il Protocollo contro il traffico di migranti nell'ambito della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale.....	36
1.3.1 La Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale.....	37
1.3.2 Gli organi di controllo della Convenzione e dei suoi Protocolli.....	40
1.3.3 La trasposizione dei principi della Convenzione nel protocollo <i>anti-smuggling</i> .....	43
1.4 Gli obblighi di prevenzione stabiliti dalla Convenzione e dal Protocollo <i>anti-smuggling</i> .....	46
1.4.1 La prevenzione del crimine di <i>smuggling</i> ai sensi del Protocollo di Palermo.....	48
1.5 La repressione del traffico di migranti.....	55
1.5.1 La penalizzazione delle condotte individuabili come <i>smuggling</i> all'interno del Protocollo.....	58
1.5.2 I reati di tentativo, partecipazione e organizzazione del traffico di migranti.....	63
1.6 Cooperazione internazionale per il contrasto al traffico di migranti nell'ottica della lotta al crimine organizzato transnazionale.....	67
1.6.1 La cooperazione c.d. "formale".....	68
1.6.2 La cooperazione c.d. "informale".....	75

<b>2. Il contrasto al traffico di migranti via mare alla luce del diritto internazionale del mare.....</b>	<b>79</b>
2.1 La giurisdizione degli Stati ai sensi del diritto internazionale del mare.....	81
2.1.1 L'esercizio della sovranità statale sul mare territoriale.....	82
2.1.1.1 Il diritto di passaggio inoffensivo: il caso della nave <i>Tampa</i> .....	84
2.1.2 Le zone marittime su cui lo Stato esercita poteri sovrani.....	88
2.1.2.1 La zona contigua e l'Italia: problemi di giurisdizione nelle operazioni di contrasto al traffico di migranti.....	92
2.2 La giurisdizione degli Stati nell'alto mare.....	99
2.2.1 La giurisdizione penale nell'alto mare.....	100
2.2.1.1 Il concetto di "presenza costruttiva".....	104
2.2.2.1 Verso una giurisdizione universale per il contrasto al traffico di migranti? Cenni a pirateria e tratta degli schiavi.....	105
2.3 Strumenti di diritto internazionale <i>ad hoc</i> per il contrasto al traffico di migranti via mare.....	109
2.3.1 Le disposizioni del Protocollo di Palermo rivolte nello specifico al contrasto allo <i>smuggling</i> via mare.....	112
2.3.1.1 L'esercizio di poteri coercitivi su navi prive di nazionalità coinvolte nel traffico di migranti: il caso <i>Cecil Pamuk</i> .....	115
2.3.1.2 <i>Segue</i> . La sentenza della Corte di Cassazione n. 14510: sì alla giurisdizione italiana anche se abbandonati in alto mare.....	117
2.3.2 Gli accordi bilaterali tra Stati quale base per operazioni coercitive in alto mare.....	120
2.4 L'obbligo in capo agli Stati di prestare soccorso in mare.....	123
2.4.1 L'obbligo di soccorso e salvaguardia della vita in mare. La Convenzione di Amburgo del 1979.....	125
2.4.1.1 La gestione italiana del soccorso in mare. L'adesione alla SAR e il contenzioso con Malta.....	127
2.4.2 Ulteriori strumenti per la salvaguardia della vita in mare.....	130
2.4.3 Problematiche connesse all'individuazione di un porto sicuro in cui favorire lo sbarco dei migranti trafficati.....	131
2.4.4 Riflessioni sulle operazioni SAR ad opera di attori non statali.....	135

<b>3. La missione EUNAVFOR MED e le operazioni collaterali dell'Unione europea per il contrasto allo <i>smuggling</i> di migranti.....</b>	<b>139</b>
3.1 Il Piano d'azione per il contrasto al traffico di migranti nell'ambito dell'Agenda europea sulle migrazioni.....	142
3.2 EUNAVFOR MED Operazione <i>SOPHIA</i> : mandato ed evoluzione.....	148
3.2.1 Il quadro giuridico dell'UE di riferimento: le operazioni civili e militari dell'Unione europea.....	163
3.3 La Risoluzione 2240(2015) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.....	172
3.3.1 Operazioni navali e diritto internazionale: l'uso della forza e la prassi del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni unite.....	178
3.3.2 Le operazioni navali militari autorizzate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.....	181
3.3.3 I limiti all'attuazione delle misure coercitive autorizzate dalla ris. 2240.....	184
3.3.4 La rilevanza del consenso dell'avente diritto nell'ambito dell'Operazione <i>Sophia</i> .....	188
3.3.4.1 L'operazione Atalanta in acque somale.....	192
3.3.5 L'arresto e i procedimenti penali nei confronti dei trafficanti: la situazione italiana.....	193
3.4 L'agenzia FRONTEX: mandato ed evoluzione.....	199
3.4.1 Il coordinamento di FRONTEX ed EUNAVFOR MED: da Triton a Themis.....	202
3.5 Il contributo di EUROPOL al contrasto al traffico di migranti.....	209
3.5.1 La cooperazione tra EUROPOL e INTERPOL.....	212
3.6 La politica dell'UE nei confronti dei paesi terzi di origine e di transito dei migranti.....	217
3.6.1 Il primo accordo tra Italia e Libia del 2008.....	219
3.6.2 Il <i>Memorandum of Understanding</i> tra Italia e Libia.....	225
 <b>4. Problemi di tutela dei diritti umani nelle operazioni di contrasto al traffico di migranti nel Mediterraneo.....</b>	 <b>229</b>
4.1 Le disposizioni a tutela del migrante trafficato negli strumenti giuridici di contrasto allo <i>smuggling</i> .....	234
4.2 Il diritto di partire ( <i>right to leave</i> ): un diritto asimmetrico.....	237

4.3 Il diritto di chiedere asilo e il principio di <i>non-refoulement</i> .....	242
4.3.1 Altre forme di protezione internazionale previste dal diritto dell'Unione europea.....	249
4.3.2 Il divieto di respingimento ai sensi dell'art. 3 della Convenzione contro la tortura.....	255
4.3.3 Il divieto di <i>refoulement</i> e di espulsioni collettive nella giurisprudenza della Corte EDU.....	258
4.4 Il divieto di detenzione arbitraria.....	267
4.4.1 La detenzione dei migranti irregolari nei centri libici.....	271
4.5 Il rispetto dei diritti umani nell'ambito di EUNAVFOR MED Operazione <i>Sophia</i> .....	273
4.5.1 Il rispetto del principio di non respingimento nell'ambito di EUNAVFOR MED.....	274
4.5.2 L'applicazione extraterritoriale dei diritti umani nell'ambito di EUNAVFOR MED.....	276
4.5.2.1 La ripartizione delle competenze tra Stati membri e organizzazioni internazionali nella giurisprudenza della Corte EDU.....	278
4.5.3 La tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di FRONTEX e della nuova Guardia Costiera e di Frontiera Europea.....	287
4.5.3.1 Il meccanismo di controllo dell'ECGBA.....	293
4.5.3.2 La suddivisione delle responsabilità tra ECGBA e Stati membri nella gestione delle frontiere esterne.....	296
4.6 Il controllo extraterritoriale delle migrazioni: le violazioni dei diritti umani alla luce degli accordi tra Unione europea e Paesi terzi.....	297
4.6.1 Il <i>Memorandum of Understanding</i> Italia-Libia: possibile configurare la complicità degli Stati per violazione dei diritti umani?.....	299
<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>305</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>309</b>







## INTRODUZIONE

Il presente studio ha come obiettivo l'analisi accurata e dettagliata degli strumenti giuridici posti in essere a livello internazionale ed europeo, utili tanto alla raccolta di informazioni sulle reti criminali quanto al contrasto effettivo del traffico di migranti. Particolare attenzione si rivolgerà ad EUNVFOR MED Operazione *Sophia*, la missione dispiegata dall'Unione europea nell'area del Mediterraneo centrale, in quanto, come verrà in luce nel prosieguo della ricerca, essa, già a partire dal mandato che l'ha istituita, solleva interessanti interrogativi sotto diversi profili di diritto internazionale ed europeo, nonché problemi relativi all'effettiva tutela dei diritti umani dei migranti coinvolti nell'attività di contrasto.

Al fine di procedere a un'analisi comprensiva di tale operazione, si ritiene necessario iniziare con un inquadramento generale degli strumenti giuridici rilevanti per il contrasto allo *smuggling* di migranti, a partire dall'entrata in vigore del Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine organizzato transnazionale per il contrasto al traffico di migranti via terra, via mare e via aria, che verrà preso in esame nel capitolo primo del presente lavoro.

Il Protocollo, unico strumento universale in materia di contrasto al traffico di migranti, ha definito per la prima volta il concetto di *smuggling of migrants* come il tentativo di far entrare illegalmente, al fine di ottenere un guadagno, diretto o indiretto, in uno Stato terzo una persona che di quello Stato non è né cittadino né residente abituale (art. 3 lettera a). Il traffico di migranti è stato oggetto di penalizzazione in diversi ordinamenti solamente a partire dagli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, ossia in un periodo storico in cui i flussi migratori sono cresciuti in maniera esponenziale. Lo sviluppo concomitante di un regime giuridico internazionale rivolto al contrasto del crimine organizzato transnazionale ha inoltre dato agli Stati la possibilità di internazionalizzare il problema del traffico di migranti, in particolare attraverso la cooperazione tra gli Stati, riconosciuta come strumento cruciale per il contrasto al fenomeno.

La novità introdotta dal Protocollo ha favorito la percezione generale che il regime giuridico di contrasto al traffico di migranti fosse completo e autosufficiente, ma in realtà il contesto giuridico internazionale a cui fare riferimento nello studio di tale materia è molto più ampio e si ricollega a una densa rete di diritti, obblighi e

responsabilità che non derivano solo dal Protocollo, ma anche dal diritto del mare, dai diritti umani e dal diritto dei rifugiati. Gli accordi regionali e bilaterali per il controllo dell'immigrazione sono poi una risorsa ulteriore per la definizione di doveri ed obblighi degli Stati in quest'area.

Il secondo capitolo, dunque, sarà dedicato alle norme giuridiche di diritto del mare che maggiormente rilevano per il contrasto al traffico di migranti nel bacino del Mediterraneo. In particolare, si approfondiranno gli aspetti principali che influenzano il comportamento degli Stati coinvolti nella lotta a tale crimine, a partire dalla ripartizione della giurisdizione tra gli Stati, in particolare per quanto attiene alle acque internazionali. Stabilire, infatti, quale Stato sia dotato del potere di intervenire per contrastare un determinato fenomeno di *smuggling*, e stabilire i limiti di detto potere, non è sempre semplice. Ancora più complicato, poi, appare definire in modo netto a chi spetti il dovere di farsi carico dei migranti trafficati tratti in salvo. Strettamente connessa al principio di divisione della giurisdizione tra Stati è, poi, la facoltà che essi hanno di intercettare le imbarcazioni coinvolte nel traffico di migranti al fine di impedirne l'ingresso nel loro territorio. Un ulteriore profilo rilevante per le operazioni di contrasto allo *smuggling* via mare è il dovere che gli Stati, o i comandanti di navi battenti la loro bandiera, hanno di prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare, inclusi, ovviamente, i migranti trafficati e i trafficanti stessi. Un ultimo aspetto riguarda i doveri del comandante e dello Stato costiero in merito allo sbarco delle persone intercettate o soccorse in mare. Si tenterà in questo capitolo di dirimere alcune questioni rilevanti, tra cui: se, e in che termini, lo Stato costiero abbia facoltà di impedire lo sbarco; quali conseguenze sorgerebbero se nessuno Stato ammettesse nel proprio territorio i migranti soccorsi; e se lo Stato che ha effettuato il soccorso sia obbligato o meno a condurre i migranti soccorsi nel proprio territorio.

Il terzo capitolo sarà specificamente rivolto alle operazioni di contrasto al traffico di migranti adottate dall'Unione europea lungo la rotta del Mediterraneo centrale, EUNAVFOR MED Operazione *Sophia* e le missioni collaterali dell'Unione a supporto di essa. Si ripercorreranno, quindi, le fasi di attuazione della missione, a partire dal mandato istitutivo fino alle recenti evoluzioni, attraverso l'analisi della decisione del Consiglio e delle raccomandazioni degli organi dell'Unione coinvolti nell'operazione. A tal proposito, sarà necessario fare riferimento a operazioni civili e militari collaterali che, a causa della posizione geopolitica in cui sono dislocate, inevitabilmente si collegano e influiscono sull'operazione in esame nel presente lavoro. Ai fini di

completezza, si procederà con un esame del particolare regime giuridico entro cui si collocano gli atti PESC dell'Unione, in modo da considerare poi nel dettaglio le operazioni militari navali messe in campo in ambito UE. Non da ultimo, trattandosi di un'operazione militare autorizzata ai sensi del cap. VII della Carta delle Nazioni Unite, appare necessario ripercorrere, partendo dalla risoluzione 2240 (2015) e considerando la prassi recente dell'UNSC, il ragionamento attraverso cui il Consiglio ha autorizzato il ricorso ad azioni coercitive contro le navi coinvolte nel traffico di migranti, al fine di evidenziarne le criticità e le eventuali contraddizioni in termini di mezzi e scopi.

Sulla base delle norme di diritto internazionale del mare e delle disposizioni particolari introdotte dal Protocollo di Palermo, di cui si è ampiamente disquisito nei precedenti capitoli, si valuterà se le misure coercitive poste in essere dalle navi militari impegnate nelle operazioni nei confronti delle navi coinvolte nel traffico di migranti possano dirsi pienamente legittimate dagli strumenti in vigore, compresa la Risoluzione 2240.

Infine, ci si soffermerà sui recenti accordi che, sebbene nel quadro di una politica europea generale, sono stati stipulati tra singoli Stati membri dell'Unione e paesi terzi al fine di contrastare il traffico di migranti; in particolare, ci si concentrerà sul *Memorandum of Understanding* siglato tra Italia e Libia nel 2017, il quale verrà ripreso al capitolo quarto quale nodo critico in materia di tutela dei diritti umani dei migranti trafficati.

Nel capitolo quarto ci si focalizzerà sulla tutela effettiva dei migranti coinvolti in operazioni di traffico, a partire dai diritti fondamentali che trovano applicazione generale fino a quei diritti che vengono in rilievo in particolari situazioni, come il divieto di sfruttamento dei migranti e la protezione di coloro che hanno subito tortura o altri trattamenti inumani e degradanti. Prima di entrare nel dettaglio delle violazioni di diritti umani che sono avvenute, o potrebbero avvenire, nei confronti dei migranti nel corso delle specifiche operazioni di contrasto al traffico, occorre, infatti, fornire un quadro generale degli strumenti giuridici internazionali e regionali che, direttamente o marginalmente, prevedono una forma di tutela dei diritti di tali persone.

In seguito, ritornando alla decisione istitutiva di EUNAVFOR MED e alla relativa risoluzione 2240(2015) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, si evidenzieranno gli aspetti più problematici dell'operazione per quanto riguarda l'effettiva tutela dei diritti umani dei migranti, con particolare riferimento al rispetto del principio di non respingimento, al divieto di espulsioni collettive, di tortura e altri

trattamenti inumani e degradanti, anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tale ambito.

Una volta analizzati i punti critici dell'operazione da cui potenzialmente potrebbero scaturire violazioni di alcuni diritti fondamentali dei migranti, occorre interrogarsi su chi, in tal caso, sarebbe da ritenersi responsabile per tali contravvenzioni, dal momento che, come visto nei precedenti capitoli, la missione comprende azioni coercitive che si applicano in acque internazionali. Oltre ai problemi inerenti la giurisdizione dello Stato interveniente, in acque internazionali, sulle navi prive di bandiera o recanti bandiera di un paese terzo che si rifiuti di consentire l'abbordaggio e l'ispezione, va considerato, inoltre, che gli Stati agiscono, nell'ambito dell'operazione Triton, coordinati dall'agenzia FRONTEX dell'Unione europea, e, nell'ambito dell'Operazione *Sophia*, attraverso una decisione del Consiglio dell'Unione europea e sotto l'autorizzazione dell'UNSC. Pertanto, sarà utile chiedersi se e in che modo le annose questioni legate alla responsabilità di FRONTEX, ora Guardia Costiera e di Frontiera Europea, e alla responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali vengano in rilievo.

Sempre rimanendo in tema di responsabilità, ci si soffermerà sulle violazioni di diritti umani in Libia, a cui si lega senza dubbio il *Memorandum of Understanding* siglato con l'Italia, al fine di valutare la sussistenza di una complicità dell'Italia, come argomentato da parte della dottrina in vista di un ricorso recentemente presentato, e ancora pendente, alla Corte europea dei diritti umani.

## CAPITOLO I

### **LO *SMUGGLING* DI MIGRANTI NEL CONTESTO DELLA LOTTA AL CRIMINE ORGANIZZATO TRANSNAZIONALE**

Il contrasto al traffico di migranti a livello internazionale si è sviluppato sulla scia del regime giuridico internazionale rivolto alla lotta contro il crimine organizzato transnazionale. Quest'ultimo ha infatti permesso agli Stati di internazionalizzare il problema, in particolare attraverso la cooperazione, riconosciuta come strumento cruciale per il contrasto al fenomeno.

Il presente capitolo si pone l'obiettivo di analizzare il Protocollo contro il traffico di migranti via terra, via mare e via aria<sup>1</sup> quale base adottata dalla maggior parte degli Stati per contrastare lo *smuggling*, a partire dalle tappe che hanno portato alla sua versione attuale. In particolare, si farà riferimento ai concordati preliminari e alle bozze del Protocollo, al fine di comprendere l'intento con cui esso è stato adottato e che ha influenzato le priorità e la struttura che ad oggi lo caratterizzano.

La definizione di traffico di migranti – nell'accezione generalmente riconosciuta dagli Stati coinvolti nel contrasto a tale fenomeno – verrà analizzata nel dettaglio al fine di mettere in luce i punti di forza e le criticità in essa presenti, in particolare per quanto attiene al recepimento del Protocollo all'interno dei Paesi aderenti.

Nonostante l'oggetto del presente lavoro sia il crimine di traffico di migranti, si rende necessario dedicare un paragrafo del presente capitolo alla distinzione tra *smuggling* e *trafficking*, anche nell'ottica di evidenziare come due fattispecie ben distinte sulla carta di fatto possano dare luogo, nella realtà, a situazioni in cui i due crimini rischiano di confondersi.

A tal proposito, considerata la frequente sovrapposizione lessicale in Italia – in ambito mediatico, ma anche politico – tra le due fattispecie criminose, urge stabilire fin da subito la scelta terminologica a cui si intende aderire nel presente lavoro. Sebbene la traduzione letterale di *smuggling* rimanderebbe al termine italiano “contrabbando”,

---

<sup>1</sup> Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2241 UNTS, adottato a Palermo il 15 novembre 2000, entrato in vigore il 28 gennaio 2004.

vocabolo peraltro adottato da parte della dottrina<sup>2</sup>, si è deciso di adeguarsi al termine entrato in uso nell'ordinamento italiano a partire dalla legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione della Convenzione e dei relativi Protocolli, che traduce *smuggling* con "traffico". Per tale ragione, si parlerà di *traffico* di migranti per indicare lo *smuggling* e di *tratta* di esseri umani per tradurre il concetto di *trafficking*<sup>3</sup>. Dal momento che i termini *smugglers* e *traffickers* non trovano due corrispondenti che li distinguano in italiano, gli *smugglers* di migranti verranno indicati con il termine generico "trafficienti", mentre nelle parti dedicate alla tratta i perpetratori del crimine verranno indicati per esteso come "trafficienti di esseri umani".

Ai fini di completezza, tuttavia, occorre ricordare che alcuni autori tendono a ricondurre sotto l'espressione più ampia di "traffico di esseri umani" le situazioni consistenti "nel reclutamento ovvero illegale trasferimento e nella successiva introduzione, anch'essa illegale, di una o più persone da un luogo ad un altro, ossia dal territorio di uno Stato a un altro, ovvero all'interno dello stesso Stato, prevalentemente per fini di lucro. Il fine di lucro è stato individuato o nella mera acquisizione, da parte delle organizzazioni a ciò preposte, del prezzo pattuito per la realizzazione dell'illegale trasferimento, ovvero, e più gravemente, dallo stesso sfruttamento delle persone trasferite, in quanto avviate ai mercati illegali della prostituzione, del lavoro nero e dell'accattonaggio"<sup>4</sup>. Si tratta di una definizione generalizzante del fenomeno che ricomprende diverse manifestazioni rilevate nella prassi, prima che esse vengano scomposte nelle fattispecie distinte di *trafficking* e *smuggling*.

Una parte rilevante del presente capitolo sarà dedicata alla prevenzione dello *smuggling* e al suo corrispettivo, ossia la repressione del crimine all'interno dei singoli ordinamenti statali, entrambi elementi fondanti il Protocollo. Si ricordi infatti che esso

---

<sup>2</sup> Si veda a riguardo B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Il contrasto al traffico di migranti*, p. 33 e G. PALMISANO, *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, p. 53 e ss. in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, p. 33.

<sup>3</sup> Legge 16 marzo 2006, n. 146, recante "Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001", in G.U. n. 85 dell'11 aprile 2006, S.O. n. 91.

<sup>4</sup> F. SPIEZIA, F. FREZZA, N.M. PACE, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, 2002, p. 14; CSM, relazione di F. SPIEZIA, *La tratta di esseri umani: gli strumenti investigativi di cooperazione internazionale*, Roma, 14 ottobre 2008, p. 1. La definizione è stata ripresa da B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti*, Milano, 2008, p. 27. Sul tema si vedano i vari contributi in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Milano, 2007.

è stato redatto con l'intento di contrastare lo *smuggling* nel contesto della lotta al crimine organizzato transnazionale, e non come strumento di gestione dei flussi migratori.

### 1.1 L'evoluzione del concetto di *smuggling* prima del Protocollo di Palermo

Il contrasto all'immigrazione irregolare, e più nello specifico al crimine di *smuggling*, non ha attirato l'attenzione della comunità internazionale fino agli anni Ottanta del secolo scorso. La sola eccezione è rappresentata dagli Stati Uniti che, nel 1965, allo scadere di un programma che favoriva l'ingresso di lavoratori migranti dal Messico, hanno introdotto quell'*Immigration and Naturalization Act* che ancora oggi rappresenta la base delle politiche migratorie statunitensi<sup>5</sup>.

Il fenomeno del traffico di migranti ha improvvisamente destato l'attenzione a livello internazionale quando, nel 1993, la nave cinese *Golden Venture*, con a bordo 286 migranti cinesi, si è arenata sulla costa di New York. Come riportato in tale occasione dal giudice Reena Raggi della Corte Distrettuale di Brooklyn<sup>6</sup>, le persone trasportate avevano pagato fino a 30.000 dollari ed erano state costrette a gettarsi in mare nell'attesa di un'imbarcazione che avrebbe dovuto condurle a riva<sup>7</sup>; dieci di esse morirono mentre gran parte dei sopravvissuti furono riportati in Cina.

L'incidente della nave cinese ha portato, a livello nazionale (degli Stati Uniti), all'adozione di un piano presidenziale per contrastare il traffico di migranti<sup>8</sup> e a un

---

<sup>5</sup> Il tema dei flussi migratori dal Messico agli Stati Uniti rappresenta un fenomeno particolarmente interessante e complesso che, per ragioni di uniformità del lavoro, verrà trattato solo marginalmente. Per un approfondimento sui primi strumenti di contrasto allo *smuggling* in tale regione si rimanda a M. ROSENBLUM, K. BRICK, *US Immigration Policy and Mexican/Central American Migration Flows: Then and Now*, Washington, 2011.

<sup>6</sup> R. FRIED, *Mastermind of Golden Venture Smuggling Ship Gets 20 Years*, in *New York Times*, 2 dicembre 1998. Per un approfondimento sulle misure punitive nei confronti dei gruppi criminali cinesi coinvolti nel traffico di migranti si rimanda inoltre a A. J. SEIN, *The Prosecution of Chinese Organized Crime Groups: The Sister Ping Case and Its Lessons*, 2008, 11(2), *Trends in Organized Crime* 157; e S. X. ZHANG, *Chinese Human Smuggling Organizations: Families, Social Networks, and Cultural Imperatives*, Stanford, 2008.

<sup>7</sup> Il passaggio da una nave, cosiddetta "nave madre", che conduce i migranti a ridosso delle acque territoriali di uno Stato, a un'imbarcazione di dimensioni inferiori, sulla quale i migranti trafficati vengono abbandonati dagli scafisti, rappresenta una tecnica che è stata utilizzata dai trafficanti per diverso tempo, e su cui si tornerà al capitolo 2.

<sup>8</sup> Presidential Decision Directive/NSC-9 on Alien Smuggling, The White House, Washington, 18 giugno 1993, reperibile in [www.fas.org](http://www.fas.org).

inasprimento delle pene per il crimine di *smuggling*<sup>9</sup>. Di riflesso, la preoccupazione della comunità internazionale è cresciuta, non solo in relazione al dilagante fenomeno di traffici dalla Cina<sup>10</sup>, ma più in generale in merito alla carenza di strumenti atti a contrastare il fenomeno sotto molteplici aspetti: mancanza di una definizione uniforme e condivisa di *smuggling*, assenza di previsioni all'interno dei singoli Paesi per la repressione del crimine e di obblighi di estradare o perseguire gli autori del reato<sup>11</sup>. Tali preoccupazioni sono risultate in una lettera del Rappresentante Permanente dell'Austria al Segretario Generale delle Nazioni Unite, nella quale si faceva menzione di una lacuna nell'ambito del diritto internazionale che rappresentava un ostacolo agli sforzi della comunità internazionale per far fronte, in maniera efficace, al fenomeno del traffico di migranti irregolari a fini criminali<sup>12</sup>.

La prima risposta alle preoccupazioni degli Stati è arrivata dall'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO)<sup>13</sup>, che, sulla base di una bozza presentata dagli Stati Uniti, ha adottato una risoluzione volta a salvaguardare la vita dei migranti in mare attraverso la prevenzione e repressione del crimine di traffico<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Come si legge in R. PEDROZO, *International Initiatives to Combat Trafficking of Migrants by Sea*, in J. N. MOORE, M. H. NORDQUIST (a cura di), *Current Maritime Issues and the International Maritime Organization*, 1999, prima dell'incidente della *Golden Venture* i trafficanti di migranti negli Stati Uniti erano puniti con la reclusione da sei a diciotto mesi. Il *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* del 1994 – legge federale nata dalla proposta dell'allora deputato del Texas, Jack Brooks, e promulgata dall'allora presidente Bill Clinton – ha innalzato la pena base a dieci anni di reclusione; l'aggravante di aver messo a rischio la vita dei migranti sarebbe stata punita con vent'anni di prigione, fino ad arrivare alla pena capitale in caso di morte.

<sup>10</sup> Nel 1994 gli Stati Uniti riportarono alle Nazioni Unite informazioni circa un allarmante aumento del traffico di migranti via mare dalla Cina negli ultimi quattro anni (1994 UN Report on Alien Smuggling).

<sup>11</sup> Cfr. D. MCCLEAN, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and Its Protocols*, 2007, pp. 21-24.

<sup>12</sup> "Letter dated 16 September 1997 from the Permanent Representative of Austria to the United Nations addressed to the Secretary-General", UN Doc. A/52/357, 17 settembre 1997, par. 2-3.

<sup>13</sup> Il ruolo dell'IMO in relazione al contrasto al traffico di migranti internazionale verrà approfondito al capitolo secondo del presente lavoro.

<sup>14</sup> INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION, Assembly, *Enhancement of Safety of Life at Sea by the Prevention and Suppression of Unsafe Practices Associated with Alien Smuggling by Ships*, IMO Resolution A.773(18), 4 novembre 1993. La risoluzione evidenzia il perpetrarsi di "incidents involving the smuggling of aliens on board ships and the serious problems associated with such activities for safety of life at sea". Con tale risoluzione, l'IMO invita, inoltre, gli Stati Parte a: cooperare per reprimere qualsivoglia attività legata al traffico di migranti via mare; stipulare accordi e procedure per facilitare tale cooperazione; favorire lo scambio di informazioni relative alle imbarcazioni che potrebbero essere coinvolte in tali attività e intraprendere, o autorizzare, ispezioni delle navi portanti la propria bandiera, qualora sospettate di essere coinvolte in attività legate al traffico di migranti via mare; adottare *measure appropriate* contro le imbarcazioni prive di bandiera coinvolte nel traffico di migranti.



In concomitanza con la Risoluzione adottata dall'IMO, e in seguito alla presentazione alla Commissione delle Nazioni Unite per la Prevenzione del Crimine e la Giustizia Penale di un'ulteriore bozza di risoluzione da parte degli Stati Uniti, l'Assemblea Generale dell'ONU ha adottato, nel dicembre 1993, una risoluzione rivolta principalmente alla prevenzione del traffico di stranieri<sup>15</sup>. Tale documento anticipa in maniera significativa quanto verrà poi stabilito dal Protocollo di Palermo, di cui si tratterà a breve, sebbene con talune differenze su cui è bene soffermarsi, al fine di delineare, da un lato, l'evoluzione che il concetto di *smuggling* ha subito nel corso degli anni e, dall'altro, comprendere quali criticità permangono ancora oggi.

### *1.1.1 La Risoluzione dell'Assemblea Generale del 1993*

Il preambolo della Risoluzione esordisce in maniera significativa con la primaria preoccupazione dell'Assemblea per il fatto che le attività di certi gruppi criminali, che rappresentano una minaccia alla dignità e alla vita dei migranti, “contribute to the complexity of the phenomenon of increasing international migration” (corsivo aggiunto)<sup>16</sup>. Tale preoccupazione assume particolare importanza nell'ottica del presente lavoro, poiché rende evidente l'intento sotteso con cui tutti gli strumenti internazionali ad oggi in vigore per il contrasto al traffico di migranti sono stati concepiti, ossia l'arginamento dei flussi migratori.

Come evidenziato da parte della dottrina, la risoluzione ha fornito l'espedito per giustificare l'elevazione del contrasto al traffico di migranti a problema di interesse internazionale, proprio per le conseguenze di carattere transnazionale che esso comporta<sup>17</sup>. Per tale ragione, la cooperazione tra gli Stati viene introdotta per la prima volta quale strumento indispensabile per contrastare il crimine di traffico (e questo aspetto verrà rimarcato nel successivo Protocollo contro lo *smuggling*), insieme a una serie di azioni che gli Stati sono invitati ad adottare: aggiornamenti al proprio sistema penale, se necessari; introduzione di procedure volte a identificare falsi documenti di

---

<sup>15</sup> L'utilizzo del termine *stranieri* deriva dalla traduzione letterale dell'espressione *smuggling of aliens*, adottata dagli Stati Uniti e dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite fino al 1993.

<sup>16</sup> UN General Assembly, “Prevention of the Smuggling of Aliens”, GA Res. 48/102, UN GAOR, 48<sup>th</sup> session, Agenda Item 10, UN Doc. A/RES/48/102, marzo. 8, 1994, adottata il 20 dicembre 1993.

<sup>17</sup> A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge, 2015, p. 31.

viaggio; nonché cooperazione per la prevenzione del crimine e per l'identificazione di fattori socio-economici che contribuiscono alla perpetrazione del traffico di migranti. Particolarmente interessante è l'assimilazione, all'interno della risoluzione, della fattispecie di *smuggling* allo sfruttamento dei migranti, che invece è scomparsa, almeno dal punto di vista giuridico, con l'introduzione dei due Protocolli distinti che fanno da corollario alla Convenzione di Palermo. Sulla differenza tra le due tipologie di crimini si ritornerà più approfonditamente in seguito; basti per ora notare che l'Assemblea Generale, nel 1993, ha evidenziato come spesse volte, in particolare nello Stato di destinazione, i migranti restino legati ai trafficanti in seguito alla contrazione di debiti nel Paese di origine, che talvolta possono essere estinti attraverso l'affiliazione o la partecipazione ad attività dei gruppi criminali. A tal proposito, l'Assemblea ha richiamato anche la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio degli schiavi, e delle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1957<sup>18</sup>, al fine di riaffermare il dovere degli Stati parte di contrastare la servitù per debiti (*debt bondage*)<sup>19</sup>.

La risoluzione del 1993 ha inoltre contribuito ad aggiungere il tema del traffico di migranti all'agenda delle riunioni annuali della Commissione delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e la giustizia penale, che ha dato luogo nel corso degli anni ad una serie di rapporti inerenti alle azioni adottate dagli Stati per contrastare tale crimine. Ci si soffermerà brevemente sul primo di essi<sup>20</sup>, in quanto particolarmente utile a comprendere come le Nazioni Unite, e gli Stati che le compongono, hanno originariamente concepito tale fattispecie criminosa.

---

<sup>18</sup> "Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery", adottata dal Consiglio economico e sociale con risoluzione 608(XXI) il 30 aprile 1956 ed entrata in vigore a Ginevra il 30 aprile 1957, reperibile in [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>19</sup> La Convenzione definisce il *debt bondage*, all'art. 1, par. a), come lo stato o condizione di chi, essendo debitore, si è obbligato a fornire a garanzia di un debito i suoi servizi o quelli di una persona soggetta alla sua autorità, qualora il valore di tali servizi, ragionevolmente stimato, non sia imputato all'estinzione del debito, o se la durata o la natura di quelle prestazioni non sono rispettivamente limitate e definite. Questa definizione di *debt bondage* resta pienamente attuale, sia nel campo dello sfruttamento sessuale sia in quello dello sfruttamento lavorativo. La Convenzione supplementare contiene poi, all'art. 1, par. b), una definizione di *serfdorm* - antenato della schiavitù – cioè lo status o la condizione dell'affittuario di un fondo che in base alla legge, alla consuetudine o all'accordo è vincolato al lavoro sulla terra che appartiene a un'altra persona, verso corrispettivo oppure no, e non è libero di mutare la propria condizione.

<sup>20</sup> Rapporto del Segretario Generale, *Measures to Combat Alien Smuggling*, A/49/350, sessione 49, 30 agosto 1994.

Al paragrafo 5, il Segretario Generale, riprendendo il linguaggio adottato dalla Commissione nella risoluzione 1994/14, chiarisce che il traffico di stranieri riguarda lo spostamento (*movement*) illegale di centinaia di migliaia di persone dal proprio Paese di origine, passando attraverso diversi Stati di transito, verso il Paese di destinazione, ad opera di gruppi criminali (*criminal gangs*) che agiscono allo scopo di ottenere un guadagno (*profit*). Nel contesto di tali attività, i migranti sono sottoposti a pericoli e trattamenti inumani, al rischio di perdita della propria vita e a gravi sofferenze.

Tale commercio di carichi umani (*trade in human cargo*) spesso si conclude – prosegue il Segretario Generale – con la riduzione in servitù dei migranti irregolari o con il coinvolgimento coercitivo di essi in attività criminali, al fine di ripagare il debito contratto per il trasporto<sup>21</sup>.

Se la prima parte della definizione incapsula quanto si ritrova oggi nel Protocollo contro lo *smuggling*, il paragrafo nel suo insieme rivela che, nel 1994, la comunità internazionale considerava il traffico di stranieri come un problema di tutela dei diritti umani, da un lato, e di controllo delle migrazioni, dall'altro. L'attenzione rivolta ai diritti umani, in particolare, si ricollegava al fatto che le pratiche associate allo *smuggling*, e le conseguenze che esse provocavano, erano di fatto assimilabili al crimine di tratta così come definito successivamente dal Protocollo addizionale delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini<sup>22</sup>.

Come si analizzerà in seguito, l'esclusione dell'azione di *sfruttamento* dal concetto di *smuggling* ha spostato l'attenzione dall'effetto che tale crimine ha sui migranti trafficati a favore dell'azione di traffico in quanto tale, risolvendo un'ambiguità che, come emerge dai rapporti del 1994 e seguenti, rendeva difficile per gli Stati rispondere in maniera efficace a tale fenomeno. Mentre alcuni Stati, infatti, riportavano di aver intrapreso azioni contro gli spostamenti illegali organizzati di persone attraverso i confini nazionali per ottenere un profitto, altri si limitavano a punire i migranti che

---

<sup>21</sup> “This trade in human cargo often ends with the illegal immigrants’ being forced into indentured servitude or criminal activities in order to repay the cost of their passage.”

<sup>22</sup> “Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, A/RES/55/25, UN doc. A/55/383, New York, 15 novembre 2000.

facevano ingresso illegalmente nel proprio territorio, senza prevedere alcuna forma di contrasto alla fattispecie di traffico<sup>23</sup>.

Parallelamente, in ambito europeo, sotto l'impulso del Consiglio d'Europa, i ministri responsabili per le questioni migratorie affermavano che il traffico o il tentativo di trafficare migranti irregolari avrebbe dovuto costituire un reato, così come l'istigazione, la partecipazione e il favoreggiamento di tale azione. Essi dichiaravano, inoltre, che particolare attenzione avrebbe dovuto essere riservata alle condotte messe in atto al fine di ottenere un guadagno o in maniera organizzata e che avrebbe dovuto essere possibile confiscare i proventi e i mezzi di reato<sup>24</sup>.

Le raccomandazioni del Consiglio d'Europa hanno trovato seguito in una conferenza organizzata dalla Svezia nel 1994<sup>25</sup>, nel corso della quale alcuni Stati del nord Europa hanno espresso l'intenzione di sviluppare un sistema internazionale di controllo del traffico di migranti. Nel 1997, il governo dell'Austria, in una lettera datata 16 settembre 1997, notava che il fenomeno del traffico di migranti rappresentava un crescente pericolo per la comunità internazionale nel suo insieme<sup>26</sup>, e presentava al Segretario generale delle Nazioni Unite una bozza di Convenzione recante "International Convention Against the Smuggling of Illegal Migrants". Tale bozza si poneva l'obiettivo di inserire il traffico di migranti tra i crimini transnazionali e di colmare le lacune di diritto internazionale persistenti in tale ambito. Il testo austriaco entrava inoltre nel dettaglio di alcune misure che avrebbero reso la convenzione maggiormente efficace: l'obbligo per gli Stati contraenti di inserire il traffico di migranti tra le condotte punibili all'interno dei propri ordinamenti, nonché di estendere la propria giurisdizione ai reati di favoreggiamento, assistenza o partecipazione al

---

<sup>23</sup> "International Cooperation in Combating Transnational Crime: Smuggling of Illegal Migrants – Measures to Combat the Smuggling of Migrants: Report of the Secretary General (Addendum)", UN Doc. E/CN.15/1997/8/Add.1, Apr. 8, 1997; "International Cooperation in Combating Transnational Crime: Smuggling of Illegal Migrants – Measures to Combat the Smuggling of Illegal Migrants: Report of the Secretary-General", UN Doc E /CN.15/1997/8 Feb.

<sup>24</sup> Council of Europe, "Texts adopted at the European Conference on Uncontrolled Migration (Budapest, 15-16 February 1993)," Fifth Conference of European Ministers responsible for migration affairs (Athens, 18-19 November 1993), Doc. MMG-5(93) 5, Oct. 19, 1993, pp. 3-4.

<sup>25</sup> *Conference on Uncontrolled Migration over the Baltic Sea*, riportata nel Rapporto delle Nazioni Unite sul traffico di stranieri del 1994, al paragrafo 17.

<sup>26</sup> UN doc. A/52/357, 17 Sep. 1997, "Letter dated 16th September 1997 from the Permanent Representative of Austria to the United Nations addressed to the Secretary General", Annex: "Draft international convention against the smuggling of illegal migrants", p.4 e ss. Sul punto si veda A. KIRCHENER e L. SCHIANO DI PEPE, "International Attempts to Conclude a Convention to Combat Illegal Migration", in "International Journal of Refugee Law", vol. 10, 1998, p. 662.

reato di traffico allo scopo di ricavarne un profitto; il principio *aut dedere aut iudicare*; l'obbligo per gli Stati contraenti di fornirsi mutua assistenza reciproca; le regole disciplinanti l'estradizione dei presunti colpevoli; l'introduzione di pene a carico dei colpevoli ma non delle vittime.

Nel frattempo, l'Italia aveva inviato una proposta all'IMO per la redazione di direttive relative al "trafficking"<sup>27</sup> di migranti via mare<sup>28</sup>. Dati i dubbi sollevati circa la competenza dell'IMO su questo tema<sup>29</sup>, l'Italia si è successivamente unita all'Austria nel richiedere la definizione di uno strumento giuridico atto a contrastare il traffico di migranti nell'ambito dell'azione di contrasto al crimine transnazionale organizzato portata avanti dalla Commissione contro il Crimine<sup>30</sup>.

Nel gennaio 1998 gli esperti di Austria e Italia si sono incontrati informalmente a Vienna per discutere la bozza di convenzione austriaca dell'anno precedente, che è stata poi presentata alla Commissione durante la riunione del 22-30 aprile 1998.

## 1.2 La definizione di *smuggling* ai sensi del Protocollo

Nel precedente paragrafo è stato evidenziato il fatto che, quando la comunità internazionale si è riunita per la prima volta con l'intento di definire un sistema comune di contrasto allo *smuggling* di migranti, vigeva una confusione generale circa la differenza che intercorre tra quello che oggi viene definito crimine di traffico di migranti e la tratta di esseri umani. Fino agli anni Novanta, infatti, gli Stati e le organizzazioni internazionali e regionali erano soliti utilizzare senza distinzione una serie di termini, quali "immigrazione illegale clandestina (*clandestine illegal*

---

<sup>27</sup> L'utilizzo da parte dell'Italia del termine *trafficking*, traducibile in italiano con *tratta*, e non *smuggling* è ancora una volta rivelatorio della scarsa chiarezza che permeava nella definizione del concetto di traffico di migranti tra gli Stati.

<sup>28</sup> IMO doc. LEG 76/11/1, 1 Aug. 1997, "Proposed multilateral convention to combat illegal migration by sea", p. 5 e ss., Si veda R. A. PEDROZO, "International Initiatives to Combat Trafficking of Migrants by Sea", in J. N. MOORE e M. H. NORDQUIST (a cura di), *Current Maritime Issues and the International Maritime Organization*, p. 53, The Hague, 1999.

<sup>29</sup> P. MALLIA, *Migrant Smuggling by Sea: Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, 2009, p. 112. Sul tema della competenza dell'IMO in materia di contrasto al traffico di migranti via mare si tornerà al Capitolo 2.

<sup>30</sup> D. VLASSIS, *The UN Convention against Transnational Organized Crime*, in M. R. BERDAL, M. SERRANO (eds.), *Transnational Organized Crime and International Security: Business as Usual?*, London, 2002.

*migration*)”<sup>31</sup>, “traffico di stranieri (*alien smuggling*)”<sup>32</sup> o “tratta di stranieri (*trafficking of aliens*)”<sup>33</sup> per indicare il problema del favoreggiamento dell’immigrazione illegale o irregolare ad opera di terzi per ottenere un profitto.

Prima di analizzare la definizione adottata dal Protocollo, la quale ha contribuito a differenziare in modo netto, almeno dal punto di vista giuridico, le due condotte criminose, è interessante ripercorrerne brevemente l’evoluzione nel contesto internazionale.

A tal fine, particolarmente utile è stato il testo presentato dal gruppo di esperti intergovernativo – istituito dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1998 al fine di procedere con la stesura di una bozza preliminare di convenzione contro il crimine organizzato transnazionale<sup>34</sup> – recante “Draft elements of an international legal instrument against illegal trafficking and transport of migrants”<sup>35</sup>. Tale bozza, sulla base di una proposta congiunta di Austria e Italia, definiva quale fattispecie di “illegal trafficking and transport of migrants” l’atto di: “any person who *intentionally* procures, for his or her profit, *repeatedly* and in an organized manner, the illegal entry of a person into another State of which the latter person is not a national or not a permanent resident” (corsivo aggiunto).

Le concomitanti riunioni in seno al Comitato *ad hoc* circa l’elaborazione di un Protocollo contro la tratta di persone, poi, hanno aiutato ad affermare la distinzione tra i concetti di tratta e di traffico (*smuggling*)<sup>36</sup>. I riflessi di tale differenziazione sono stati percepiti già dalla seconda bozza del Protocollo contro il traffico, la quale omette qualsivoglia utilizzo del termine *illegal trafficking*, a favore di *smuggling of migrants*.

---

<sup>31</sup> Si veda, ad esempio, Consiglio d’Europa, “Conclusions”, Fifth Conference of European Ministers Responsible for Migration Affairs, Atene, 18-19 novembre 1993.

<sup>32</sup> IMO, “Enhancement of Safety of Life at Sea by the Prevention and Suppression of Unsafe Practices Associated with Alien Smuggling by Ships”, IMO Res. A.773(18), 4 novembre 1993.

<sup>33</sup> Si veda J. WIDGREN, *Multilateral Cooperation to Combat Trafficking in Migrants and the Role of International Organizations*, lavoro di discussione sottoposto da J. Widgren, Direttore del Centro internazionale per lo sviluppo delle politiche migratorie (ICMPD), Vienna.

<sup>34</sup> UN doc. E/CN.15/1997/7/Add. 1, “Views of States on the elaboration of an international convention against organized transnational crime”, e Add. 2 “Report of the informal meeting on the question of the elaboration of an international convention against organized transnational crime”.

<sup>35</sup> UN Doc. A/AC.254/4/Add.1, 15 dicembre 1998, “Draft elements for an international legal instrument against illegal trafficking and transport of migrants (proposal submitted by Austria and Italy)”.

<sup>36</sup> Ad Hoc Committee for the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, “Draft Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, UN Doc. A/AC.254.4/Add.1/Rev.1, 13 maggio 1999.

Gli elementi chiave della definizione di *smuggling* che già si trovano nelle prime bozze del Protocollo – condotta intrapresa intenzionalmente, che comporta il procurare l'ingresso o la permanenza illegale, per ottenere un guadagno, di un'altra persona, quando questa persona non è un cittadino dello Stato che subisce l'offesa – sono rimasti sostanzialmente invariati nell'arco di tutte le successive versioni. Tuttavia, vi sono stati cambiamenti che, sebbene più formali che sostanziali, è interessante prendere in considerazione.

L'attuale, e unica, definizione di traffico di migranti, ai sensi dell'art. 3(a) del Protocollo stabilisce che “«smuggling of migrants» shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident”. Con riferimento alla prima bozza di definizione di cui sopra, si nota che gli avverbi *intenzionalmente* e *ripetutamente* sono stati cancellati. Per quanto riguarda l'intento, sebbene difficilmente dimostrabile in taluni casi, si può dedurre che esso resti comunque implicitamente richiesto per tutte le condotte che si intende punire; dall'omissione della ripetizione, invece, consegue che il crimine di traffico è da considerarsi commesso anche qualora la condotta sia portata a termine una sola volta. Gli elementi oggettivi del crimine di traffico si identificano, dunque, nell'azione di facilitare l'ingresso di una persona in uno Stato illegalmente, e nel fatto che tale condotta venga messa in atto in circostanze in cui la persona trafficata non è né cittadino né residente abituale dello Stato parte in questione. Per quanto attiene all'elemento soggettivo (o *mens rea*), è necessario distinguere il dolo generico, ossia il procurare l'ingresso illegale di una persona in uno Stato di cui non è cittadina né residente abituale, dal dolo specifico, rappresentato dall'intento di ottenere un guadagno finanziario o materiale attraverso tale azione. Il concetto di profitto, peraltro, deve essere inteso in modo ampio, tale da includere anche, ad esempio, strumenti di gratificazione sessuale quali lo scambio di materiale pedo-pornografico<sup>37</sup>. Emerge, dunque, come l'individuazione del dolo specifico sia fondamentale per il riconoscimento del crimine di *smuggling*. Esso, come emerge dalla nota interpretativa all'articolo in oggetto<sup>38</sup>, è stato inserito, da un lato, per enfatizzare l'intenzione di

---

<sup>37</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, UN Sales No. E.05.V.2 (2004), p. 254 e 330.

<sup>38</sup> *Travaux Préparatoires*, p. 469.

includere le attività dei gruppi criminali organizzati che agiscono per ottenere un profitto personale e, dall'altro, al fine di escludere le attività di coloro che danno supporto ai migranti per ragioni umanitarie o sulla base di stretti legami di parentela, come la fornitura di biglietti aerei o di passaggi gratuiti. Non è dunque intenzione del protocollo criminalizzare le attività dei membri della famiglia delle persone trafficate o l'aiuto fornito da gruppi religiosi o organizzazioni non governative. Tuttavia, è bene considerare che precisi parametri di distinzione risultano difficilmente tracciabili nella pratica: prendendo l'esempio proposto da autorevole dottrina, rappresenta un "guadagno finanziario o materiale" lo scambio di favori tra familiari senza il passaggio di denaro, come può essere il facilitare la partenza di un figlio in modo che egli, lavorando in un altro Paese, invii dei soldi alla famiglia?<sup>39</sup>

Un ulteriore elemento essenziale ricavabile, tra le righe, dalla definizione di *smuggling* consiste in quello che un autore definisce "lo scambio di benefici tra trafficante e migrante"<sup>40</sup>. Si fa riferimento a uno *scambio* in quanto il beneficio del trafficante sta nel profitto finanziario o materiale; quello del migrante nell'ingresso illegale nello Stato di cui non è cittadino né residente abituale. Il riconoscimento di un ruolo attivo del migrante nella configurazione della fattispecie è un aspetto cruciale per la distinzione, di cui si tratterà a breve, fra traffico di migranti e tratta di esseri umani.

Per quanto attiene all'ingresso illegale, l'art. 3(b) chiarisce che esso indica "crossing borders without complying with the necessary requirements for legal entry into the receiving State". Sebbene, come si approfondirà in seguito, l'elemento di transnazionalità non sia sempre vincolante per la criminalizzazione di talune condotte in ambito nazionale, quali la falsificazione di documenti o il favoreggiamento della permanenza illegale sul territorio, l'attraversamento dei confini è imprescindibile per l'imputazione del crimine di traffico di migranti in sé.

Al par. c), l'articolo definisce poi documento di viaggio o di identità fraudolento come "any travel or identity document: : (i) that has been falsely made or altered in some material way by anyone other than a person or agency lawfully authorized to make or issue the travel or identity document on behalf of a State; or (ii) that has been improperly issued or obtained through misrepresentation, corruption or duress or in

---

<sup>39</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 47

<sup>40</sup> Cfr. G. PALMISANO, *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, p. 57.



any other unlawful manner; or (iii) that is being used by a person other than the rightful holder”. La nota interpretativa chiarisce ulteriormente che il termine “documento di viaggio” include qualsivoglia tipo di documento richiesto per entrare o lasciare uno Stato, ai sensi della sua legge nazionale, e il termine “documento di identità” comprende qualsiasi documento utile a stabilire l’identità di una persona in uno Stato, ancora ai sensi della sua legge nazionale. Per quanto attiene all’espressione “falsely made or altered”, essa deve essere interpretata nell’ottica di includere non solo la creazione di falsi documenti, ma anche la contraffazione di documenti legittimi e la compilazione di documenti vuoti precedentemente rubati. Inoltre, l’intenzione era quella di includere sia i documenti falsi sia i documenti autentici che sono stati prodotti legalmente ma che sono stati utilizzati da una persona diversa dal legittimo proprietario.

#### *1.2.1. Una comparazione tra le definizioni di smuggling of migrants e trafficking in human beings*

Il Protocollo contro il traffico di migranti e il Protocollo tratta, per quanto, come più volte ricordato, siano strumenti distinti che hanno contribuito a fare luce sulla differenza tra due fattispecie criminose a lungo sovrapposte da parte degli Stati, sono accomunati da alcuni aspetti che vanno al di là del fatto di essere corollari della medesima Convenzione. La spiegazione di questo risiede ovviamente nel processo comune di formazione dei due strumenti, che si riflette in alcuni aspetti della definizione, della struttura, dei contenuti e delle risposte richieste ai Paesi firmatari. Si legge nella Guida legislativa, infatti, che entrambi i Protocolli contengono previsioni sostanziali che hanno elementi paralleli o sovrapposti e coinvolgono spesso le stesse aree politiche, legislative e amministrative delle istituzioni degli Stati che intendono ratificare uno o entrambi gli strumenti<sup>41</sup>. Alla luce di quanto detto, è importante chiarire gli aspetti di similitudine, finanche di sovrapposizione, e quelli invece di divergenza tra i due strumenti giuridici, partendo dalle definizioni che i Protocolli danno delle rispettive condotte illegali.

L’art. 2 del Protocollo tratta definisce il crimine di tratta di esseri umani (*human trafficking*) come composto da tre elementi separati, che sono l’azione, il mezzo e lo

---

<sup>41</sup> Guida legislativa, pp. 247 e 323.

scopo, a differenza del Protocollo contro lo *smuggling* che, come visto, contempla solamente l'azione e lo scopo. Per quanto riguarda l'azione, essa può concretizzarsi nel reclutamento, trasporto, trasferimento, nell'ospitare o ricevere persone. Il mezzo è rappresentato da: minaccia o uso della forza o altre forme di coercizione, rapimento, frode, inganno, abuso di potere o abuso di una posizione di vulnerabilità, o il dare o ricevere pagamenti o altri beni per ottenere il consenso di una persona che eserciti il controllo su un'altra (caso frequente di genitori o parenti che “vendono” i propri familiari, soprattutto se minorenni, ai trafficanti<sup>42</sup>). Lo scopo è invece lo sfruttamento delle vittime di tratta<sup>43</sup>: questo concetto è definito in maniera tale da includere, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione, altre forme di sfruttamento sessuale, lavoro o servizi forzati, schiavitù o pratiche assimilabili alla stessa, servitù o traffico di organi. Tale definizione include inoltre una previsione che intende specificare l'irrelevanza del consenso della vittima allo sfruttamento, qualora esso sia ottenuto con uno dei mezzi elencati sopra<sup>44</sup>. È bene specificare, inoltre, che, nel caso in cui il crimine sia commesso a danno di minori, anche il mezzo con il quale è ottenuto lo sfruttamento diventa irrilevante, e gli elementi della condotta criminosa si riducono ad azione e scopo<sup>45</sup>.

Mettendo ora a confronto gli obiettivi che i due Protocolli si prefiggono, ricordiamo che il Protocollo contro il traffico di migranti, nell'ordine, intende prevenire e combattere il traffico di migranti, promuovere la cooperazione tra gli Stati parte, nonché “*tutelare, al contempo, i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino*”. Anche il Protocollo tratta pone come fini principali la prevenzione, il contrasto alla tratta e la cooperazione tra gli Stati parte per il raggiungimento di tale scopo, ma inserisce anche la specifica disposizione (art. 2(b)) di “*tutelare e assistere le vittime di*

---

<sup>42</sup> Sul tema si veda SAVE THE CHILDREN, *Piccoli Schiavi Invisibili*, dossier di luglio 2017, reperibile su [www.savethechildren.it](http://www.savethechildren.it).

<sup>43</sup> Art. 3(a) del Protocollo tratta: “«Trafficking in persons» shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs (...)”;

<sup>44</sup> Art. 3(b) del Protocollo tratta. Si legge inoltre nella a pag. 270 della Guida legislativa che “once it is established that deception, force or other prohibited means were used, consent is irrelevant and cannot be used as a defence”.

<sup>45</sup> Art. 3(c) del Protocollo tratta.

tale tratta nel pieno rispetto dei loro diritti umani”. Già dai rispettivi artt. 2 dei due strumenti giuridici, che delineano gli ambiti di applicazione dei Protocolli, si nota una scelta di termini differenti per definire le persone colpite dai diversi crimini: si parla di migranti *oggetto* di traffico e, per contro, di persone *vittime* di tratta. A questa considerazione si aggiunge l’esplicito riferimento al dovere degli Stati non solo di tutelare, ma anche di assistere vittime di tratta. Tali riflessioni assumono particolare rilievo nell’ottica di comprendere la differenza tra le due condotte in esame, che si manifesta chiaramente, come si delinea a breve, anche nella struttura dei Protocolli stessi.

Un chiarimento va inoltre rivolto al valore che l’elemento della transnazionalità assume all’interno dei due strumenti giuridici. Come puntualizzato in precedenza, non esiste crimine di traffico di migranti se non vi è ingresso illegale all’interno di un territorio di uno Stato di cui la persona trafficata non è né cittadino né residente abituale. Per quanto concerne la tratta, invece, l’elemento di transnazionalità influisce solamente sugli obblighi di prevenzione degli Stati, ma non è elemento definitorio della natura della fattispecie criminosa in sé. In altre parole, il crimine di tratta va riconosciuto anche se l’azione di spostare, trasferire, ospitare etc. una persona, con i mezzi e gli scopi di cui sopra, venga effettuata all’interno dello Stato di cui costui è cittadino o residente. In tal senso, come anticipato, nella concezione che sta alla base del sistema di Palermo, la tratta è un crimine contro la persona, che dunque è vittima, mentre lo *smuggling* di migranti è un crimine contro lo Stato in cui la persona, oggetto della condotta criminosa, fa ingresso illegalmente.

Tale distinzione si riflette inevitabilmente nella sostanza dei due protocolli che, pur avendo una struttura speculare nella quasi totalità delle loro parti (1. Disposizioni generali; 3. Misure di prevenzione, cooperazione e altre misure; 4. Disposizioni finali), differiscono nel rispettivo capitolo II, che nel Protocollo contro lo *smuggling* è dedicato al “Traffico di migranti via mare”, mentre nel Protocollo tratta si focalizza sulla “Tutela delle vittime della tratta di persone”. Lo *smuggling* via mare e il differente livello di protezione riservato alle vittime di tratta rispetto ai migranti trafficati verranno approfonditi nei successivi capitoli; per il momento è importante notare, a conferma delle considerazioni finora delineate, che il Protocollo tratta riserva tre articoli alla tutela e assistenza delle vittime, sotto vari profili che comprendono, tra

le altre, misure da adottare circa le condizioni nello stato di accoglienza (art. 7) e il rimpatrio (art.8)<sup>46</sup>.

Detto questo, come nota parte della dottrina<sup>47</sup> e come dimostrano diversi rapporti di organizzazioni internazionali<sup>48</sup>, operare una distinzione così netta tra i due crimini non è sempre così semplice<sup>49</sup>.

L'elemento di distinzione, a livello pratico, tra le due fattispecie sta nel fatto che non tutti i trafficanti intendono sfruttare i propri clienti e non tutti i migranti subiscono abusi durante la traversata; viceversa, come delineato sopra, l'elemento di sfruttamento è sempre insito, quale unico scopo, nella tratta di esseri umani. Stante questo, tuttavia, i casi in cui i migranti, che volontariamente decidono di affidarsi a *smugglers*, subiscono trattamenti inumani, minacce alla propria sicurezza, spesso

---

<sup>46</sup> Art. 7 Condizione delle vittime della tratta di persone nello Stato d'accoglienza: "1. In addition to taking measures pursuant to article 6 of this Protocol, each State Party shall consider adopting legislative or other appropriate measures that permit victims of trafficking in persons to remain in its territory, temporarily or permanently, in appropriate cases. 2. In implementing the provision contained in paragraph 1 of this article, each State Party shall give appropriate consideration to humanitarian and compassionate factors". Art. 8 Rimpatrio delle vittime della tratta di persone: "1. The State Party of which a victim of trafficking in persons is a national or in which the person had the right of permanent residence at the time of entry into the territory of the receiving State Party shall facilitate and accept, with due regard for the safety of that person, the return of that person without undue or unreasonable delay. 2. When a State Party returns a victim of trafficking in persons to a State Party of which that person is a national or in which he or she had, at the time of entry into the territory of the receiving State Party, the right of permanent residence, such return shall be with due regard for the safety of that person and for the status of any legal proceedings related to the fact that the person is a victim of trafficking and shall preferably be voluntary. 3. At the request of a receiving State Party, a requested State Party shall, without undue or unreasonable delay, verify whether a person who is a victim of trafficking in persons is its national or had the right of permanent residence in its territory at the time of entry into the territory of the receiving State Party. 4. In order to facilitate the return of a victim of trafficking in persons who is without proper documentation, the State Party of which that person is a national or in which he or she had the right of permanent residence at the time of entry into the territory of the receiving State Party shall agree to issue, at the request of the receiving State Party, such travel documents or other authorization as may be necessary to enable the person to travel to and re-enter its territory. 5. This article shall be without prejudice to any right afforded 10 victims of trafficking in persons by any domestic law of the receiving State Party. 6. This article shall be without prejudice to any applicable bilateral or multilateral agreement or arrangement that governs, in whole or in part, the return of victims of trafficking in persons".

<sup>47</sup> Cfr. A. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 516.

<sup>48</sup> Si veda, ad esempio, il rapporto dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, *La tratta di esseri umani attraverso la rotta del Mediterraneo centrale: dati, storie e informazioni raccolte dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni*, 20 luglio 2017, reperibile su [www.italy.iom.int](http://www.italy.iom.int). Sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri di detenzione libici, si rimanda al par. 4.4.1 del presente lavoro.

<sup>49</sup> Sul punto, si veda C. BERNASCONI, *La repressione penale della tratta*, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 85 e ss.

anche alla propria vita, o pratiche molto simili allo sfruttamento sono sempre più frequenti. Nel corso degli ultimi trent'anni, innumerevoli sono le testimonianze a conferma di quanto appena affermato. Uno degli ultimi rapporti emessi dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM), nel 2017, denuncia una situazione in cui i migranti, affidatisi a trafficanti per raggiungere l'Europa attraverso la rotta libica, sono stati tenuti prigionieri e costretti a svolgere lavori forzati per ripagare i debiti contratti durante la traversata. Secondo le testimonianze raccolte, si tratterebbe di un vero e proprio “mercato di schiavi”, in cui le persone sono sottoposte alle peggiori forme di tortura e trattamenti inumani, compresi casi frequenti di violenza sessuale e rapimenti<sup>50</sup>.

In aggiunta a quanto detto, l'OIM, in una recente relazione circa l'aumento dei migranti bengalesi in Europa, e in particolare in Italia, riporta che, tra i migranti intervistati, sia bambini sia adulti hanno dichiarato di aver subito forme di abuso durante il viaggio, incluse forme più o meno gravi di sfruttamento lavorativo. Tutti i bambini intervistati, nelle zone di Misurata, Sabratah, Tripoli e Benghazì, hanno dichiarato di aver subito abusi in prima persona, il 77% dei migranti ha ammesso di aver sperimentato violenze fisiche, e il 12% di aver assistito a violenza sessuale a danno di altri. Inoltre, il 36% di essi ha dichiarato di aver contratto un debito poiché non aveva soldi sufficienti per pagare la traversata, mentre il 56% ha testimoniato di aver dovuto lavorare nelle zone di transito per coprire spese impreviste che i trafficanti non avevano specificato in partenza<sup>51</sup>.

Ora, sebbene le condizioni narrate sopra innegabilmente si trovino al confine con la fattispecie di tratta, le persone vittime di tali abusi restano, ai sensi del Protocollo, oggetto di traffico, in quanto volutamente hanno richiesto, e pagato, i servizi offerti dagli *smugglers*. Il perpetrarsi di maltrattamenti e sfruttamento ai loro danni si è verificato successivamente, potrebbe ritenersi non intenzionale al momento dell'inizio della traversata, e dunque non può considerarsi intrinseco, come invece nel caso della tratta, nel crimine in oggetto.

Facendo ancora un passo oltre, alcuni autori arrivano a ritenere che in taluni casi il traffico di migranti assuma, in concreto, i connotati della schiavitù. Questo si verificherebbe nel caso in cui le forme di coercizione o di abuso di potere nei confronti

---

<sup>50</sup> OIM, *Migranti venduti come schiavi in Libia. Le drammatiche storie raccolte da IOM*, Ginevra, 11 aprile 2017. Reperibile in [www.italy.iom.int](http://www.italy.iom.int).

<sup>51</sup> OIM, *Current Trends from Bangladesh to Italy*, in *IOM Italy Briefing Issue No. 1*, giugno 2017.

del migrante da parte del trafficante determinassero una sorta di soggezione assoluta del primo al secondo, tale da risultare in una situazione di possesso del migrante da parte del trafficante. Si tratterebbe, dunque, di una situazione caratterizzata dall'esercizio di alcuni attributi tipici della proprietà e, precisamente, dal fatto di disporre a piacimento del migrante in vista di una sua "vendita" o "cessione" ad ulteriori sfruttatori, dietro contropartita di beni materiali<sup>52</sup>.

Per tale ragione, sorge naturale chiedersi quali obblighi, se ve ne sono, gli Stati abbiano di prevenire l'abuso o lo sfruttamento dei migranti trafficati. Se si volesse adottare una visione limitata del fenomeno, si potrebbe ritenere che, se per la tratta vige un obbligo in capo agli Stati di prevenire il perpetrarsi di abusi o maltrattamenti ai danni delle vittime, per quanto riguarda il traffico, ove il verificarsi di maltrattamenti non sempre (ma spesso) avviene, la prevenzione si applica solamente al crimine di *smuggling* in sé e per sé, senza che vi siano particolari disposizioni preventive a tutela dei migranti trafficati. Un importante impulso alla tutela e assistenza deriva dall'art. 16 del Protocollo contro lo *smuggling* – oltre che da strumenti di diritto internazionale di cui si parlerà al Capitolo terzo del presente lavoro – che stabilisce il dovere degli Stati di prendere misure adeguate "to preserve and protect the rights of persons who have been the object of conduct set forth in article 6 (...)". Lo stesso articolo introduce inoltre l'obbligo "to afford migrants appropriate protection against violence that may be inflicted upon them, whether by individuals or groups, by reason of being the object of conduct set forth in article 6 (...)", e di garantire "assistance to migrants whose lives or safety are endangered by reason of being the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol (...)". Tuttavia, resta da comprendere, come si tenterà di fare nel corso del presente lavoro, in che misura l'art. 16, per quanto inserito nel capitolo del Protocollo recante "Misure di prevenzione, cooperazione e altre misure" si applichi, nella pratica, alla prevenzione del fenomeno, in particolare nell'ambito della cooperazione tra Stati per il contrasto allo *smuggling*, o se resti invece relegato a misura di accertamento *a posteriori* per definire le aggravanti imputabili ai trafficanti arrestati ai sensi dell'articolo 6<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. i contributi in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, di G. PALMISANO, *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, p. 53, e M. R. SAULLE, *Il traffico illecito di migranti come nuova forma di schiavitù*, p. 150.

<sup>53</sup> Sul punto, si rimanda al par. 4.1 del presente lavoro.

Si potrebbe concludere, dunque, che non esistono vittime di *smuggling*, se mai possono esistere vittime di reati commessi dagli *smugglers*, che vengono puniti con le aggravanti ex. art. 6 Protocollo traffico. Se tale inquadramento può essere sufficiente sotto il profilo della penalizzazione della fattispecie criminosa, attraverso appunto l'applicazione di aggravanti nei confronti dei trafficanti, non si può dire lo stesso per quanto riguarda l'effettiva tutela delle vittime. Per quanto il Protocollo migranti richieda agli Stati di garantire protezione ai migranti "a rischio", il grado di assistenza che gli Stati dovrebbero fornire è tutt'altro che definito, risolvendosi la disposizione nell'obbligo di adottare "*appropriate measures to afford migrants appropriate protection*", laddove il termine *appropriate* non chiarisce nemmeno per chi e che cosa. È chiaro, infatti, che nella prassi difficilmente un migrante, soprattutto se non riconducibile a un gruppo vulnerabile come possono essere donne e bambini, in particolare se provenienti da Paesi generalmente riconosciuti come terreno fertile per la tratta (ex. donne e bambine provenienti dalla Nigeria) possa godere delle misure di protezione e assistenza che sono invece riservate alle vittime accertate di tratta, in particolare sotto il profilo medico, psicologico e sociale.

#### 1.2.1.1. Sull'evoluzione della figura dello "scafista"

In aggiunta all'intreccio di situazioni difficilmente inquadrabili di cui si è trattato finora, occorre considerare un caso ancora più estremo – che tuttavia si è verificato con sempre maggiore frequenza negli ultimi anni, come conseguenza delle modifiche intervenute nel *modus operandi* dei trafficanti –, ossia il reclutamento dei c.d. "scafisti", altrimenti detti *passeurs*, tra gli stessi migranti oggetto di traffico. Come emerso nei precedenti capitoli, le catene di traffico sono varie e complesse, e tendenzialmente, come è tipico delle organizzazioni criminali che agiscono su scala transnazionale, si articolano in una struttura piramidale al cui vertice è estremamente complesso risalire. L'ultimo anello di questa concatenazione è rappresentato da coloro che fisicamente assumono il controllo della nave per raggiungere illegalmente le coste europee, ed è proprio su di essi che occorre soffermarsi. È importante notare che, sia a livello internazionale sia europeo, non sembra esistere una definizione univoca della figura dello "scafista", che, se si guarda ai rapporti emessi da EUROPOL<sup>54</sup>,

---

<sup>54</sup> EUROPOL, *Migrant Smuggling in the EU*, febbraio 2016, reperibile su [europol.europa.eu](http://europol.europa.eu).

rientrerebbe nella categoria dei “facilitatori” del traffico ma che, a livello giuridico, rimane assimilabile alla figura del trafficante. Per tale ragione, l’analisi che segue prenderà in esame, nello specifico, la situazione italiana.

In un recente rapporto dell’associazione Borderline Sicilia, che ha raccolto le testimonianze di diversi avvocati operanti sul territorio siciliano<sup>55</sup>, è emerso che, prima del lancio dell’Operazione *Mare Nostrum*, diversi procedimenti intentati nei confronti degli “scafisti” avessero generalmente esiti molto rapidi, con la rimessione in libertà degli imputati per il venir meno delle prove testimoniali nel corso del dibattimento. Spesso accadeva che i testimoni ritrattassero le loro accuse o fuggissero dai centri di prima accoglienza (Cas) in cui erano alloggiati nell’attesa dell’audizione con un giudice. Altre volte gli imputati, i cosiddetti “presunti scafisti”, sceglievano l’opzione di riti alternativi che danno accesso ad uno sconto di pena. Nella maggior parte dei casi, a seguito della condanna, gli “scafisti” erano destinatari di un provvedimento di espulsione, a seguito del quale gran parte di essi, una volta rimpatriati nei paesi di origine, si sono reinseriti nel circuito del trasporto illegale di migranti.

Con il tempo, però, e con il moltiplicarsi degli sbarchi, o meglio, delle partenze, la figura dello “scafista” è profondamente mutata. Diverse testimonianze, infatti, raccontano che i portatori dell’imbarcazione vengono scelti tra gli stessi migranti coinvolti nel traffico, a volte ancora minorenni, e spesso sotto minaccia di violenze o ripercussioni per loro o per le famiglie rimaste nei Paesi di origine<sup>56</sup>. Da numerose indagini emerge con chiarezza lo schema seguito dai trafficanti nell’organizzazione dei viaggi verso l’Europa: sulle imbarcazioni sono presenti un soggetto posto alla guida ed un “compass-man”, colui il quale detiene la bussola e il GPS. La presenza di “aiutanti”, addetti alla distribuzione di acqua o cibo, si registra sulle imbarcazioni più grandi, spesso utilizzate per le traversate più lunghe (ad esempio dall’Egitto). Negli ultimi anni, sono state istituite delle *task force* specializzate nel contrasto dell’immigrazione irregolare, che hanno permesso una sistematizzazione delle modalità di individuazione dei “presunti scafisti”, come anche delle persone informate sui fatti (potenziali testimoni). Alcune delle attività investigative iniziano già a bordo delle navi, per proseguire sulle banchine dei porti e all’interno degli *hotspot*, col supporto di agenti di FRONTEX e dell’EUROPOL. La Polizia giudiziaria si avvale di

---

<sup>55</sup> Borderline Sicilia, *Controversie nella politica migratoria europea – La concessione della protezione contro la sicurezza dei confini (Kidem)*, Catania, 2017.

<sup>56</sup> Si veda, tra gli altri, il reportage di A. PUGLIA, *Non siamo scafisti*, su *Vita.it*, 13 dicembre 2017.



interpreti talvolta non professionisti, spesso migranti arrivati da poco in Italia, ancora in attesa di un permesso di soggiorno.

Una delle criticità rilevate dall'associazione è che il momento dell'individuazione dei presunti autori del reato di favoreggiamento, nonché delle persone a conoscenza dei fatti, viene anticipato già nell'immediatezza delle operazioni di salvataggio e sbarco, col rischio di fotografare una realtà distorta dalla condizione di forte stress post traumatico a cui sono stati sottoposti tutti i partecipanti alla traversata. Dalle interviste effettuate da Borderline Sicilia a esponenti delle Procure, della Polizia giudiziaria e di avvocati, emerge che le investigazioni e i fermi a carico dei "presunti scafisti" e dei testimoni avvengono ormai secondo prassi ben collaudate, e come l'impegno e la bravura degli avvocati difensori possano fare la differenza nel corso dei procedimenti penali.

A causa dell'aumento degli arrivi, negli ultimi anni in Sicilia sono stati creati, all'interno dei corpi di polizia giudiziaria, dei gruppi specializzati nel contrasto dell'immigrazione "clandestina", come il G.I.C.I.C. (gruppo interforze contrasto immigrazione clandestina)<sup>57</sup> operante a Siracusa e nato nel 2006, ed il G.I.C.O. (gruppo d'investigazione criminalità organizzata) a Palermo. Secondo quanto riportato dal G.I.C.I.C., prima dell'ottobre 2013, le indagini sui "presunti scafisti" iniziavano in concomitanza con l'avvistamento ed il soccorso dei migranti che giungevano con imbarcazioni autonome fin quasi alle coste italiane. A partire dall'operazione *Mare Nostrum*, nell'ottobre del 2013, le operazioni investigative sono state agevolate dalla possibilità di salire direttamente su alcune navi di soccorso o avere contatti diretti con il loro personale di bordo che trasferisce le informazioni a chi sta a terra. Prima del loro arrivo al porto, le forze dell'ordine conoscono già le nazionalità di provenienza dei migranti soccorsi, la loro età e tutto ciò che può essere utile alle indagini. La polizia a terra non solo predispone il personale necessario per gli interrogatori, come gli interpreti, ma inizia anche a formarsi un'opinione sui "presunti scafisti" a bordo, sulla base della propria esperienza, tanto che i funzionari di polizia hanno creato una sorta di linee guida interne per orientarsi nell'individuazione dei trasportatori. Nelle indagini viene molto considerato anche il "body language", tentativi di dissimularsi tra gli altri passeggeri, irritabilità, agitazione, tracce di gasolio sulle mani che possono far

---

<sup>57</sup> Il G.I.C.I.C., su decisione del Procuratore Fabio Scavone, è stato chiuso nel novembre 2018 a causa della diminuzione degli sbarchi presso il porto di Augusta che, come stabilito dal Ministero dell'Interno, sono stati dirottati sul porto di Pozzallo, in provincia di Ragusa ([siracusa.gds.it](http://siracusa.gds.it)).

sospettare l'uso del motore, tutti indicatori non scientifici e associati liberamente e in maniera strumentale alla presunta colpevolezza di alcuni migranti.

Alla luce di quanto finora descritto, l'associazione lamenta la mancanza di condizioni idonee ad effettuare secondo le garanzie di legge le operazioni di investigazione sui "presunti scafisti" e di individuazione dei testimoni.

Oltre alle problematiche relative alla non corretta applicazione delle garanzie di legge, un secondo aspetto rilevante, dal punto di vista di un'efficace tutela dei diritti umani dei sospetti scafisti, è il fatto, già anticipato in precedenza, che molti di essi raccontano di essere stati costretti con la forza e la violenza a condurre le imbarcazioni verso l'Europa. In particolare, riferiscono di essere stati sottoposti per settimane, prima della partenza, a prolungate privazioni della libertà personale, maltrattamenti, minacce di morte. Alcune testimonianze parlano di brevi addestramenti alla guida sotto la minaccia delle armi. Dai dati raccolti emerge come i trafficanti prediligano individuare i soggetti da porre al comando delle imbarcazioni tra persone di determinate nazionalità. Si tratta in prevalenza di migranti provenienti da Gambia, Nigeria e Senegal.

Analizzando la questione da un punto di vista strettamente giuridico, la domanda che ci si pone è se, e in che misura, solo con riferimento ai casi in cui i "presunti scafisti" siano costretti contro la propria volontà a condurre l'imbarcazione, il loro status possa variare da perpetratori a vittime del crimine di *smuggling*, ai sensi dell'art. 16 del Protocollo, o finanche a vittime di tratta, in quanto costretti, attraverso mezzi coercitivi, a compiere un'azione utile ai trafficanti contro la propria volontà.

Partendo dalla prima ipotesi, senz'altro l'atto di costringere una o più persone coinvolte nel traffico a guidare l'imbarcazione attraverso la violenza costituisce di per sé un'aggravante che richiama le clausole di salvaguardia di cui all'art. 16. Per quanto riguarda la seconda, ci si potrebbe domandare se il fatto di costringere una persona a compiere un atto illegale (ossia la guida dell'imbarcazione) contro la propria volontà, al fine di scaricare la responsabilità su di essa qualora la nave venga intercettata dalle forze di polizia dello Stato di destinazione, rappresenti una forma di sfruttamento che ricadrebbe nel gruppo di quelle "altre prestazioni forzate" che il Protocollo tratta non chiarisce ulteriormente. Se tale tesi venisse accettata dagli organi giudiziari, ai migranti "scafisti forzati", che per anni sono stati condannati per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, andrebbe riconosciuto lo *status* di vittime di tratta.

Entrambe le ipotesi, tuttavia, incontrano uno scoglio assai difficile da superare, ossia

il riuscire a dimostrare che i trafficanti abbiano effettivamente adottato mezzi coercitivi per indurre lo scafista a condurre l'imbarcazione contro la propria volontà, e che tale condotta non sia stata, invece, frutto di un accordo tra trafficante e migrante, in base al quale l'uno non rischia l'incriminazione e l'altro ottiene uno sconto sul servizio offerto dagli *smugglers*.

Per quanto riguarda la seconda ipotesi, poi, ammesso che si riesca a dimostrare l'elemento di coercizione nei confronti della persona che assume il ruolo di scafista, si ritornerebbe alla questione precedentemente analizzata, ossia alla difficoltà di includere i migranti oggetto di traffico, a meno che non si tratti di gruppi notoriamente vulnerabili, tra le vittime di tratta. Se si prende per valida l'opzione secondo cui il fine di sfruttamento debba già essere insito nel piano dell'organizzazione criminale ancor prima che il trasporto avvenga, bisognerebbe dimostrare che i trafficanti abbiano deciso di sfruttare determinate categorie di migranti – in particolare, come visto sopra, alcune nazionalità – già dall'inizio del viaggio e ancor prima che essi raggiungano i Paesi di destinazione o di transito.

Sarebbe già un grande passo avanti, e sembra che alcune Procure italiane si stiano orientando in questo senso<sup>58</sup>, se si facesse decadere, almeno allo stato attuale delle condizioni di trattenimento dei migranti in Libia, il capo di imputazione di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, e relative aggravanti, nei confronti dei migranti costretti a guidare l'imbarcazione. Tuttavia, il problema rimane la capacità dei presunti scafisti di dimostrare, a fronte di un onere della prova che appare eccessivamente gravoso, che essi siano stati costretti, contro la propria volontà, a guidare l'imbarcazione.

In Italia, infatti, l'esito dei processi a carico dei "presunti scafisti" dipende molto dalla competenza e dall'interesse dei loro avvocati: molti difensori si appellano allo "stato

---

<sup>58</sup> Cfr. Comitato parlamentare di controllo sull'Attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e di vigilanza in materia di immigrazione, seduta n. 41 del 22 marzo 2017, "Indagine conoscitiva sulla gestione del fenomeno migratorio nell'area Schengen, con particolare riferimento alle politiche dei Paesi aderenti relative al controllo delle frontiere esterne e dei confini interni", audizione del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania, dott. Carmelo Zuccaro, il quale ha riferito (trascrizione stenografica): "Quelli che riusciamo a prendere sono soltanto gli scafisti, ma l'indicazione che ho fornito, ovviamente dopo una consultazione con il gruppo di lavoro specializzato e avendo preso atto che coloro che si trovavano alla guida erano né più né meno che *migranti individuati a caso*, è stata che non si doveva più richiedere alcuna misura cautelare nei loro confronti. La gravità della condotta loro ascrivibile sicuramente non era tale da giustificare queste misure, essendo da considerare migranti a tutti gli effetti, come gli altri, soltanto individuati per porsi al timone" (corsivo aggiunto).

di necessità” in cui si sono trovati i loro clienti e ne ottengono l’assoluzione. Recentemente si registra un aumento dei procedimenti conclusi con patteggiamento, a cui gli imputati aderiscono, messi superficialmente dinanzi alla scelta di una “short way” (patteggiamento con immediata scarcerazione) ed una “long way” (prosecuzione del processo e possibile dimostrazione di non colpevolezza, restando in carcere); chi opta per una soluzione che concede la scarcerazione immediata, si ritrova totalmente abbandonato sul territorio e a forte rischio di ricadere in circuiti criminali e di sfruttamento.

Tra i migranti arrestati aumenta il numero dei minori, spesso inizialmente registrati come maggiorenni ed in grado di far rilevare la loro minore età solo dopo avere subito una misura cautelare in carcere e un procedimento presso il tribunale ordinario.

### **1.3 Il Protocollo contro il traffico di migranti nell’ambito della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale**

Un’analisi che possa dirsi completa del Protocollo contro il traffico di migranti via terra, via mare e via aria non può prescindere dal considerare il contesto in cui esso è stato redatto, ossia il procedimento di formazione della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale (la Convenzione)<sup>59</sup>.

La Convenzione rappresenta lo strumento chiave del regime giuridico in materia di lotta al crimine organizzato transnazionale e, oltre che dal Protocollo contro il traffico di migranti, è corredata dal Protocollo contro la tratta di persone, in particolare donne e bambini, e dal Protocollo contro il traffico di armi da fuoco<sup>60</sup>.

Come nota parte della dottrina, tra l’altro, fa riflettere il fatto che proprio al contrasto al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani siano stati riservati due strumenti supplementari *ad hoc*. Se, da un lato, la necessità di un’adeguata protezione dei diritti umani ha senz’altro incentivato gli Stati all’azione, dall’altro appare chiaro che al centro delle preoccupazioni della comunità internazionale vi fosse la minaccia alla

---

<sup>59</sup> United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 UNTS 209, adottata il 15 novembre 2000, entrata in vigore il 29 settembre 2003.

<sup>60</sup> UN General Assembly, *Protocol Against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 31 May 2001, A/RES/55/255.

sicurezza e alla sovranità statale che tali fattispecie criminose portavano con sé, nonché il legame con gruppi criminali operanti attraverso i confini nazionali<sup>61</sup>.

Il rapporto tra la Convenzione e i suoi Protocolli, come definito nel testo degli strumenti stessi, è riassumibile in quattro principi chiave. Innanzitutto, i Protocolli non sono stati concepiti come strumenti giuridici autonomi, tanto che gli Stati possono farne parte solo previa ratifica della Convenzione<sup>62</sup> e, viceversa, uno Stato Parte della Convenzione non è vincolato al rispetto dei Protocolli se prima non ha espressamente deciso di aderirvi<sup>63</sup>. Secondariamente, la Convenzione e i suoi Protocolli devono essere interpretati congiuntamente, tenendo conto degli scopi specifici per cui sono stati adottati<sup>64</sup>. Inoltre, le previsioni della Convenzione si applicano *mutatis mutandis* ai Protocolli<sup>65</sup>, nel senso che, nel trasferire i principi sanciti dalla Convenzione ai Protocolli, eventuali modifiche interpretative o applicative sono ritenute accettabili solo nella misura in cui esse si rendono necessarie<sup>66</sup>. In ultimo, i crimini definiti dai Protocolli devono essere considerati alla stregua di fattispecie criminose stabilite dalla Convenzione. Di conseguenza, previsioni generali presenti nella Convenzione, come la protezione delle vittime o la cooperazione tra gli Stati nell'esecuzione delle condanne, restano valide per gli Stati nell'esecuzione di azioni più specifiche definite dai Protocolli<sup>67</sup>.

Alla luce di quanto anticipato, nel presente paragrafo si procederà ad un esame del processo formativo delle disposizioni introdotte dalla Convenzione di Palermo, per poi entrare nel dettaglio di quanto definito dal Protocollo contro lo *smuggling*.

### *1.3.1 La Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale*

Il processo di formazione della Convenzione, conosciuto come il “processo di Vienna”, ha rappresentato il primo tentativo da parte della comunità internazionale di ricorrere al diritto internazionale quale arma per contrastare il crimine organizzato transnazionale. Nel definire il concetto di crimine transnazionale, si sono individuati

---

<sup>61</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 36 e ss.

<sup>62</sup> Art. 37, par. 2 della Convenzione.

<sup>63</sup> Art. 37, par. 3 della Convenzione.

<sup>64</sup> Art. 37, par. 4 della Convenzione e art. 1, par. 1 del Protocollo contro lo *smuggling*.

<sup>65</sup> Art. 1, par. 2 del Protocollo.

<sup>66</sup> Guida legislativa, pp. 254 e 330.

<sup>67</sup> Art. 1, par. 3 del Protocollo.

in dottrina alcuni requisiti minimi che devono sussistere congiuntamente. *In primis*, il crimine deve essere percepito come una minaccia per *gli interessi* di più Stati, ma non necessariamente per la comunità internazionale nel suo insieme. Il secondo requisito concerne il fatto che esso si deve manifestare attraverso condotte che presentano un elemento fattuale di natura transnazionale<sup>68</sup>, oppure deve sussistere in relazione ad esse un elemento transnazionale di tipo procedurale. L'ultimo requisito individuato è la presenza di un livello minimo di organizzazione, che non rappresenterebbe, però, una *conditio sine qua non* per la sussistenza di un crimine transnazionale<sup>69</sup>.

Sotto il profilo giuridico, come visto, la repressione di crimini transnazionali, quando si è sviluppata, era finalizzata esclusivamente alla tutela dell'ordine pubblico interno degli Stati e non della comunità internazionale nel suo complesso. Alcuni fenomeni criminali transnazionali, tuttavia, sono stati nel corso degli ultimi anni qualificati come minacce alla pace e alla sicurezza internazionale, rendendo necessario l'intervento del Consiglio di Sicurezza ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite<sup>70</sup>.

Giungendo ora al contenuto della Convenzione, essa stabilisce alcuni principi che si applicano, salvo disposizioni contrarie, alle specifiche fattispecie di reato: la condotta criminosa deve comprendere un elemento di transnazionalità<sup>71</sup>; deve essere commessa da un gruppo criminale organizzato<sup>72</sup>; e deve riguardare un "crimine grave" (*serious crime*)<sup>73</sup>. Come rileva criticamente parte della dottrina, i requisiti enunciati sono

---

<sup>68</sup> Ai sensi dell'art. 3, par. 2 della Convenzione, un crimine è transnazionale in natura quando: 1) è commesso in più di uno Stato; 2) è commesso in uno Stato, ma la parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; 3) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; 4) è commesso in uno Stato, ma ha effetti sostanziali in un altro Stato.

<sup>69</sup> Cfr. C. PONTI, *Crimini transnazionali e diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. 51-52.

<sup>70</sup> Le operazioni di contrasto al traffico di migranti autorizzate dal Consiglio di Sicurezza saranno oggetto del capitolo terzo del presente lavoro.

<sup>71</sup> All'art. 3, parr. 1 e 2, la Convenzione definisce "transnazionale" il crimine commesso in più di uno Stato; o commesso in uno Stato ma in sostanza pianificato, diretto o controllato in un altro Stato; o commesso in uno Stato ma in cui sia coinvolto un gruppo criminale che opera in più di uno Stato; o commesso in uno Stato ma con effetti sostanziali su un altro Stato.

<sup>72</sup> La Convenzione (art. 2(a)) definisce come gruppo criminale organizzato "a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit;". Una nota interpretativa contenuta nei lavori preparatori della Convenzione conferma che l'espressione "vantaggio finanziario o materiale" debba essere intesa in modo ampio, in modo da includere, per esempio, una gratificazione personale o sessuale (Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols, p. 17).

<sup>73</sup> Con *serious crime* si intende (art. 2(b)) "la condotta che costituisce un reato sanzionabile con una pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni nel massimo o con una pena più elevata".

definiti in maniera estremamente ampia, il che consente agli Stati di poter fare ricorso alla Convenzione per svariate fattispecie criminali, tra cui lo stesso traffico di migranti<sup>74</sup>. Questo aspetto va tenuto presente in ragione del fatto che, come anticipato, gli Stati possono entrare a far parte della Convenzione senza obbligo di ratificare anche i Protocolli.

Particolare enfasi è poi rivolta alla prevenzione del crimine attraverso la cooperazione interstatale. Un elemento chiave che ha portato all'adozione della Convenzione, infatti, era l'assenza di comunicazione e cooperazione tra gli Stati, che è stata percepita quale principale ostacolo a un'azione effettiva di contrasto al crimine organizzato transnazionale, incluso il traffico di migranti.

Quanto anticipato sopra trova conferma nell'apertura della Convenzione che afferma quale suo scopo principale la promozione della cooperazione interstatale “to prevent and combat transnational organized crime more effectively”<sup>75</sup>. Alla luce di questo, l'obiettivo è ampliare il numero di Stati che adottano misure efficaci per contrastare tale fenomeno e rafforzare i collegamenti tra di essi. In particolare, la Convenzione intende eliminare le “zone franche” in cui si insinuano le attività criminali, promuovendo l'adozione di misure comuni di base tra gli Stati e fornendo agli Stati contraenti gli strumenti necessari per accrescere le capacità delle istituzioni interne nell'azione di contrasto contro i crimini transnazionali<sup>76</sup>.

A tal fine, la Convenzione ha introdotto una serie di misure che gli Stati devono adottare, inclusi lo scambio di informazioni e il coordinamento tra autorità dei singoli Paesi<sup>77</sup>, da mettere in atto attraverso un sistema dettagliato di mutua assistenza nell'ambito delle indagini, dello svolgimento dell'azione penale e dei procedimenti

---

Tale definizione deriva dai risultati di uno studio sulle legislazioni degli Stati membri delle Nazioni Unite, contenuto in Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Analytical Study on Serious Crime*, UN Docs. A/AC.254/22, 30 novembre 1999; A/AC.254/22/Add.1, 13 dicembre 1999; A/AC.254/22/Corr.1, 16 dicembre 1999.

<sup>74</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *From National to Global, From Empirical to Legal: The Ambivalent Concept of Transnational Organized Crime*, in M. E. BEARE (ed.), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering and Corruption*, 2003.

<sup>75</sup> Art. 1 della Convenzione.

<sup>76</sup> Per un esame di carattere generale della Convenzione si rimanda a R. BARBERINI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2003, p. 395 ss.; R.S. CLARK, *The United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, in *The Wayne Law Review*, 2004, p. 161 ss.; per un commentario della Convenzione D. MCCLEAN, *Transnational Organized Crime: a Commentary on the UN Convention and its Protocol*, Oxford, 2007.

<sup>77</sup> Art. 26 della Convenzione.

giudiziari<sup>78</sup>. In effetti, le previsioni in materia di assistenza giudiziaria reciproca costituiscono, all'interno della Convenzione, una sorta di mini-trattato<sup>79</sup> a cui gli Stati possono ricorrere quale base giuridica per il raggiungimento di una serie di scopi, quali l'acquisizione di prove; la notifica di documenti di natura giudiziaria; l'esecuzione di perquisizioni o sequestri; l'identificazione di proventi di reato; l'agevolazione della comparizione volontaria di persone nello Stato parte richiedente<sup>80</sup>. È incoraggiata inoltre la composizione di squadre investigative comuni<sup>81</sup> ed è consentito il ricorso a tecniche speciali di investigazione, nella misura in cui siano previste dall'ordinamento giuridico del foro<sup>82</sup>. Inoltre gli Stati sono invitati a prendere in considerazione la stipulazione di accordi per il trasferimento delle persone condannate<sup>83</sup> e a facilitare i procedimenti di estradizione<sup>84</sup>.

### *1.3.2 Gli organi di controllo della Convenzione e dei suoi Protocolli*

In quanto lesivi degli interessi dei singoli Stati, e non della comunità internazionale nel suo complesso, i crimini transnazionali sono solitamente previsti dagli ordinamenti penali interni degli Stati e a livello internazionale vengono disciplinati unicamente in accordi internazionali, come, appunto, la Convenzione e i suoi Protocolli.

Il monitoraggio della corretta applicazione delle disposizioni da essi definite è affidato, tramite la Convenzione stessa, alla Conferenza delle Parti, che è stata istituita “to improve the capacity of States Parties to combat transnational organized crime and to promote and review the implementation of this Convention”<sup>85</sup>. Il Segretario Generale delle Nazioni Unite convoca la Conferenza, che ha il compito di stabilire i meccanismi per raggiungere gli obiettivi di cui al par. 1, inclusi i seguenti: agevolare la formazione, l'assistenza tecnica e le misure di prevenzione; agevolare lo scambio di informazioni fra gli Stati Parte riguardo ai modelli e alle tendenze del crimine organizzato transnazionale e alle prassi coronate da successo per combatterla; cooperare con le

---

<sup>78</sup> Art. 18 della Convenzione.

<sup>79</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 42.

<sup>80</sup> Art. 18, par. 3 della Convenzione.

<sup>81</sup> Art. 19.

<sup>82</sup> Art. 20.

<sup>83</sup> Art. 17.

<sup>84</sup> Art. 16.

<sup>85</sup> Art. 32, par. 1 della Convenzione.



competenti organizzazioni internazionali e regionali e con le organizzazioni non governative; rivedere periodicamente l'attuazione della Convenzione; avanzare raccomandazioni per migliorare la Convenzione e la sua attuazione. Per raggiungere tali scopi, la Conferenza acquisisce la necessaria conoscenza delle misure adottate dagli Stati Parte nell'attuazione della Convenzione e delle difficoltà da essi incontrate, sia tramite le informazioni fornite dagli Stati stessi sia tramite i meccanismi supplementari di revisione<sup>86</sup>.

Attraverso la Conferenza sono stati istituiti otto gruppi di esperti su specifiche tematiche, tra cui il gruppo per la valutazione dello stato di applicazione della Convenzione e dei Protocolli, il gruppo sul traffico di migranti e quello sullo sviluppo della cooperazione internazionale.

Il Gruppo di esperti sul traffico di migranti, mediante risoluzione 7/1 della Conferenza, è stato inserito in maniera permanente all'interno di essa a partire dal 2014<sup>87</sup>.

Un importante impulso all'applicazione della Convenzione e dei Protocolli deriva poi dall'attività dell'Ufficio delle Nazioni Unite contro la Droga e il Crimine (UNODC). Secondo quanto riportato dal resoconto dell'Ottava Conferenza (2016)<sup>88</sup>, i programmi regionali, le strategie e i progetti dell'UNODC fungono da supporto a più di 50 Stati parte del Protocollo contro lo *smuggling*, nell'ottica di un approccio comprensivo. Esso coopera inoltre con il Gruppo di esperti e, in seguito alle discussioni che hanno avuto luogo durante la Conferenza delle Parti, tenutasi a Vienna a novembre 2015<sup>89</sup>, ha contribuito all'elaborazione di tre documenti tecnici su materie specifiche: il

---

<sup>86</sup> Il regolamento di procedura della Conferenza delle Parti è reperibile in UNODC, *Rules of Procedure for the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, New York, 2006, unodc.org.

<sup>87</sup> Risoluzione 7/1 della Conferenza delle Parti, recante "Strengthening the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto", 2014. Reperibile in *unodc.org*.

<sup>88</sup> Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, (CTOC/COP/2016/3), *Activities of the United Nations Office on Drugs and Crime to promote and support the implementation of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Vienna, 17-21 ottobre 2016.

<sup>89</sup> Conferences of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Working Group on the Smuggling of Migrants, Res. 7/1, "Strengthening the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Protocols thereto", Vienna, 18-20 novembre 2015. Attraverso tale risoluzione la Conferenza delle Parti ha stabilito che il Gruppo di lavoro contro il traffico di migranti sarebbe stato incluso come membro costante della Conferenza.

traffico di migranti via mare<sup>90</sup>; misure pratiche per prevenire il traffico di migranti e bambini, in particolare minori non accompagnati, come il rilascio di visti all'arrivo, campagne di informazione e sessioni formative sul riconoscimento di documenti falsi<sup>91</sup>; e aspetti di crimine organizzato del traffico di migranti, incluso il supporto alle indagini finanziarie volte a individuare e tracciare i proventi di reato<sup>92</sup>.

È utile soffermarsi su quest'ultimo aspetto analizzato dal Gruppo di esperti, in quanto rivelatore di interconnessioni e risvolti pratici con i quali le autorità dei singoli Stati si devono confrontare nell'ottica di un'efficace applicazione del Protocollo. Primo tra tutti il fatto che, sebbene il Protocollo sia stato elaborato nel contesto, quello della Convenzione, del contrasto al crimine organizzato transnazionale, il legame tra gruppi criminali organizzati e traffico di migranti è ancora lungi dall'essere dimostrato. I vari *network* dei trafficanti differiscono nella struttura e nel grado di organizzazione, in base alle rotte migratorie, ai paesi coinvolti, e alla nazionalità dei trafficanti o dei trafficati<sup>93</sup>. Sebbene, infatti, vi sia evidenza di strutture simil-mafiose organizzate gerarchicamente, le testimonianze raccolte rivelano la presenza di sistemi criminali a connessione debole, all'interno dei quali ogni attore svolge la propria funzione specifica, talvolta anche per più organizzazioni contemporaneamente<sup>94</sup>. È particolarmente importante notare che, spesso, sono gli stessi migranti, dotati di una certa *expertise*, ad assumere un ruolo all'interno della catena, spontaneamente o sotto minaccia, per ottenere sconti sul pagamento di una parte del viaggio<sup>95</sup>.

A conferma di quanto emerso nel precedente paragrafo circa il legame tra il crimine di traffico e quello di tratta, dal rapporto del Gruppo di esperti emerge che le due fattispecie criminose sono spesso perpetrate dal medesimo gruppo criminale, poiché in molti casi le rotte della tratta seguono quelle dello *smuggling*. I trafficanti

---

<sup>90</sup> Working Group on the Smuggling of Migrants, (CTOC/COP/WG.7/2015/2), *Smuggling of migrants by sea*, Vienna, 18-20 novembre 2015.

<sup>91</sup> Working Group on the Smuggling of Migrants, (CTOC/COP/WG.7/2015/3), *Practical measures to prevent the smuggling of migrants and children, in particular unaccompanied children, such as the issuance of visas on arrival, public information campaigns and training sessions on fraudulent documents*, Vienna, 18-20 novembre 2015.

<sup>92</sup> Working Group on the Smuggling of Migrants, (CTOC/COP/WG.7/2015/4), *Organized crime aspects of the smuggling of migrants, including financial investigations and response targeting the proceeds of crime*, Vienna, 18-20 novembre 2015.

<sup>93</sup> Ibidem, par. 12.

<sup>94</sup> UNODC *Transnational Organized Crime in West Africa: A Threat Assessment*, reperibile in [unodc.org](http://unodc.org), p. 28.

<sup>95</sup> Working group on migrant smuggling, par. 13.

mantengono infatti i contatti con le famiglie dei migranti trafficati e, attraverso la minaccia di ritorsioni su di esse, ottengono il consenso dei migranti stessi ad essere sfruttati o a prendere parte alle attività criminali<sup>96</sup>.

Un notevole passo avanti per quanto riguarda il controllo applicativo della Convenzione e dei suoi Protocolli si è registrato nel corso della Nona Conferenza delle Parti, durante la quale, dopo anni di dibattiti in merito, è stato adottato un meccanismo di revisione (*review mechanism*)<sup>97</sup>, con lo scopo di “reinforce criminal justice responses and cooperation through the Convention, as well as help to identify assistance needs and channel development support”<sup>98</sup>.

### 1.3.3 La trasposizione dei principi della Convenzione nel Protocollo anti-smuggling

Il Protocollo contro il traffico di migranti<sup>99</sup> è suddiviso in quattro parti, rispettivamente dedicate alle disposizioni generali, compresi gli obblighi di penalizzazione in capo agli Stati (art. 6); al traffico di migranti via mare<sup>100</sup>; alla prevenzione del crimine; e alle disposizioni finali.

Lo scopo con cui il Protocollo è stato creato, come definito dal Preambolo<sup>101</sup>, richiama fedelmente quanto anticipato dalla Convenzione, ossia la necessità di favorire la cooperazione tra gli Stati, lo scambio di informazioni e misure adeguate anche di carattere socio-economico, a livello nazionale, regionale e internazionale al fine di

---

<sup>96</sup> Ibidem, par. 14, sul tema si veda anche *UNODC Global Report on Trafficking in Persons 2014*, reperibile su [unodc.org](http://unodc.org).

<sup>97</sup> Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, (CTOC/COP/2018/L.4/Rev.1), *Establishment of the Mechanism for the Review of the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, Vienna, 15-19 ottobre 2018.

<sup>98</sup> UNODC, “UNODC Executive Director welcomes governments’ decision on review mechanism for Palermo Convention”, Vienna, 19 ottobre 2018. Per un approfondimento relativo alle modifiche introdotte dal nuovo meccanismo di revisione, si rimanda a M. A. ACCILI SABBATINI, A. BALSAMO, *Verso un nuovo ruolo della Convenzione di Palermo nel contrasto alla criminalità transnazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 12/2018, p. 113 e ss.

<sup>99</sup> Gli Stati aderenti al Protocollo contro il traffico di migranti sono, ad oggi, 142. Nel corso della 7ma sessione della Conferenza, in ottobre 2014, gli Stati di Barbados e Repubblica di Corea hanno aderito.

<sup>100</sup> La seconda parte del Protocollo, dedicata al traffico di migranti via mare nello specifico, verrà presa in esame al capitolo 2.

<sup>101</sup> Recita il primo paragrafo del Preambolo: “The States Parties to this Protocol, Declaring that effective action to prevent and combat the smuggling of migrants by land, sea and air requires a comprehensive international approach, including cooperation, the exchange of information and other appropriate measures, including socio-economic measures, at the national, regional and international levels (...)”.

prevenire e combattere il traffico di migranti. L'impulso alla prevenzione deriva direttamente dall'art. 31 della Convenzione, che contiene una lista di misure generali che gli Stati dovrebbero adottare per prevenire, tra l'altro, il traffico di migranti<sup>102</sup>.

A tal proposito, considerando l'articolo 2 del Protocollo ("the purpose of this Protocol is to prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among States Parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants"), e confrontandolo con le versioni iniziali della dichiarazione d'intenti contenute nei lavori preparatori: "to establish the smuggling of migrants as a criminal offence under the respective national laws of States Parties, [when committed in the context of transnational organized crime, as defined in the Convention]"<sup>103</sup>, e poi "to prevent, investigate and prosecute the smuggling of migrants, when involving an organized criminal group, as defined in the Convention"<sup>104</sup>, si nota che qualsiasi riferimento alla commissione del crimine nel contesto del crimine organizzato transnazionale è stato eliminato. La decisione di lasciare tale previsione implicita plausibilmente dipende dal fatto che in quanto strumento di cooperazione il Protocollo si applica in maniera automatica solo nei casi in cui i reati siano di natura transnazionale e coinvolgano un gruppo criminale organizzato<sup>105</sup>.

Per quanto attiene alle pene da infliggere ai colpevoli, il Protocollo rimane silente e, sulla base dei lavori preparatori, si nota come ogni riferimento alle sanzioni da applicare, sebbene presente in tutte le bozze del Protocollo, sia stato poi omesso dalla versione finale<sup>106</sup>. Tuttavia, è bene ricordare quanto chiarito al paragrafo precedente, ossia che la Convenzione supplisce a tale mancanza, introducendo l'obbligo per gli

---

<sup>102</sup> Art. 31, par. 1, della Convenzione: "States Parties shall endeavour to develop and evaluate national projects and to establish and promote best practices and policies aimed at the prevention of transnational organized crime".

<sup>103</sup> Rolling text (A/AC.254/4 Add.1/Rev.1), Fourth Session, 28 June-9 July 1999. Si trattava di una formulazione ancora provvisoria il cui esito sarebbe dipeso dai negoziati successivi. *Travaux Préparatoires*, p. 459.

<sup>104</sup> Rolling text (A/AC.254/4 Add.1/Rev.5), Eight Session, 21 February-3 March 2000. Proposta di Francia e Stati Uniti. In tale occasione alcune delegazioni hanno sollevato dei dubbi sul fatto che l'utilizzo del termine "involving" fosse troppo ampio, dichiarando di preferire l'espressione "when committed by". *Travaux Préparatoires*, p. 460. Nel corso della medesima sessione, inoltre, l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, il Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia e l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni hanno redatto una nota in cui facevano presente che il Protocollo avrebbe dovuto preservare e cercare di sostenere i diritti fondamentali dei migranti trafficati quale uno dei suoi principali obiettivi.

<sup>105</sup> Art. 4 del Protocollo.

<sup>106</sup> Nei progetti si stabiliva che le condotte definite all'art. 6 erano "liable to sanctions that take into account the grave nature of the offences". Si veda la Guida legislativa a pag. 341.

Stati di adottare misure specifiche in relazione alle condotte criminose definite dai Protocolli.

Anche per quanto attiene agli obblighi che gli Stati hanno di stabilire la loro giurisdizione sui reati di traffico di migranti commessi nel loro territorio e in tema di estradizione dei colpevoli è necessario ritornare alla Convenzione, che, come visto in precedenza, definisce una serie di misure che gli Stati devono adottare per favorire le indagini, l'azione penale e la condanna degli autori di reato. La Convenzione attribuisce inoltre la facoltà agli Stati di esercitare la propria giurisdizione qualora il crimine sia commesso contro il cittadino o da un cittadino dello Stato<sup>107</sup>. Essa consente, poi, agli Stati di esercitare la propria giurisdizione su certe condotte specifiche se commesse al di fuori del proprio territorio “al fine di commettere un crimine all'interno del loro territorio”<sup>108</sup>. Nel caso del traffico di migranti, per esempio, uno Stato parte può decidere di esercitare la propria giurisdizione sull'azione di aiutare, favorire o organizzare un grave crimine ad opera di un gruppo organizzato, se tali azioni sono messe in atto con l'intento di commettere un crimine di traffico di migranti all'interno dello Stato<sup>109</sup>.

La Convenzione richiede agli Stati di esercitare la giurisdizione nei confronti dei propri cittadini, indipendentemente dal luogo in cui il crimine è stato commesso, qualora il presunto colpevole sia presente sul proprio territorio e l'extradizione venga negata solo sulla base della nazionalità<sup>110</sup>. Qualora ciò avvenga, lo Stato ha il dovere di sottoporre il caso alle autorità competenti ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Riassumendo, dunque, in aggiunta all'obbligo di perseguire i colpevoli per crimini commessi all'interno del proprio territorio, gli Stati parte alla Convenzione e al Protocollo devono perseguire i crimini commessi dai propri cittadini all'estero o consentire che siano estradati in Stati terzi.

Un ulteriore aspetto che, sebbene non venga trattato esplicitamente all'interno del Protocollo, influisce sull'effettivo contrasto del traffico di migranti è la lotta alla corruzione: la Convenzione prevede, agli artt. 8 (penalizzazione della corruzione) e 9 (misure contro la corruzione), obblighi in capo agli Stati di adottare misure legislative, amministrative o di altro tipo per promuovere l'integrità e prevenire, identificare e

---

<sup>107</sup> Art. 15(2) della Convenzione.

<sup>108</sup> Art. 15(2)(c) della Convenzione.

<sup>109</sup> Art. 2(b) della Convenzione.

<sup>110</sup> Art. 15(3) della Convenzione, in collegamento con l'art. 16 (10).

punire la corruzione dei pubblici ufficiali. Nell'ambito dello *smuggling*, gli atti corruttivi possono perpetrarsi nel Paese di origine, di transito o di destinazione e possono avvenire a livello sistemico, istituzionale o individuale e a qualsiasi punto della rotta di traffico (reclutamento, trasporto, ingresso illegale, ospitalità nel Paese di transito etc.). La corruzione rappresenta uno dei principali ostacoli per una lotta efficace al traffico, poiché spesso l'applicazione della legge, la protezione delle frontiere o le attività di controllo dell'immigrazione vengono aggirati tramite la corruzione di pubblici ufficiali. I profitti generati dal traffico<sup>111</sup> garantiscono ai trafficanti la possibilità di estendere le maglie corruttive su larga scala, il che agisce da impedimento anche a un'effettiva cooperazione internazionale, minata da un indebolimento della fiducia reciproca tra Stati, che invece è fondamentale per tutte le operazioni, dal controllo delle frontiere alla condivisione delle informazioni<sup>112</sup>.

#### **1.4 Gli obblighi di prevenzione stabiliti dalla Convenzione e dal Protocollo anti-smuggling**

Il riferimento alla *prevenzione* del crimine organizzato transnazionale, e del traffico di migranti nello specifico, è una costante all'interno della Convenzione di Palermo e dei suoi Protocolli: come visto, infatti, la prevenzione, tramite la cooperazione interstatale, è definita, all'art. 1, come uno dei principali scopi per cui la Convenzione è stata concepita, mentre alle modalità tramite cui essa deve essere realizzata è dedicato l'art. 31. Tuttavia, come nota certa dottrina, definire in modo chiaro cosa tale prevenzione comporti e quali obblighi essa demandi agli Stati non è così scontato<sup>113</sup>.

Facendo un passo indietro, e ricorrendo in aiuto alle prime bozze della Convenzione, emerge un'ampia concezione del termine *prevenzione*, la quale, secondo quanto affermato dall'*UNODC Model Legislative Provisions against Organized Crime*, avrebbe preso spunto principalmente dalle Linee guida del Consiglio economico e

---

<sup>111</sup> Secondo uno studio congiunto di Interpol ed EUROPOL (EUROPOL, *Migrant Smuggling Networks Joint Europol-INTERPOL Report. Executive Summary May 2016*, reperibile su [Europol.europa.eu](http://europol.europa.eu)), nel 2015 circa un milione di migranti hanno raggiunto l'Unione europea, pagando tra i 3000 e i 6000 euro a testa, il che risulterebbe in un guadagno per i trafficanti tra i 5 e i 6 miliardi solo in tale anno.

<sup>112</sup> Working Group on the Smuggling of Migrants, (CTOC/COP/WG.7/2015/4), *Organized crime aspects of the smuggling of migrants, including financial investigations and responses targeting the proceeds of crime*, Vienna, 18-20 novembre 2015, parr. 23 e ss.

<sup>113</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 495.

sociale per la prevenzione del crimine<sup>114</sup>. Le indicazioni del Consiglio richiedevano agli Stati di adottare, tra le altre, misure volte a diminuire le opportunità legali, sociali amministrative o tecniche sfruttate dalle organizzazioni criminali, anche attraverso una maggiore trasparenza da parte delle istituzioni finanziarie. Inoltre, le linee guida ribadivano la necessità di cooperazione tra gli Stati nello scambio e nella condivisione di informazioni, nonché azioni volte a ridurre il rischio di vittimizzazione (diminuzione dei fattori di rischio e aumento della protezione), riducendo l'attrazione e le opportunità di mettere in atto la condotta criminosa<sup>115</sup>.

È interessante notare, anche per cogliere la differenza con quanto introdotto nella Convenzione ad oggi in vigore, che il Consiglio suggeriva, al par. 6, un elenco di principi fondamentali per la prevenzione del crimine, che possono riassumersi in: *leadership* del governo nello sviluppo di strategie efficaci ed umane di prevenzione del crimine; sviluppo socioeconomico e inclusione della prevenzione del crimine in tutti gli ambiti di politica sociale; cooperazione e partenariato; utilizzo di risorse, inclusi fondi per strutture adeguate, per garantire la sostenibilità dei progetti di prevenzione; conoscenza e presa di coscienza delle attività criminali; diritti umani, stato di diritto e cultura della legalità; interdipendenza tra criminalità locale e transnazionale; e differenziazione in base ai bisogni specifici delle singole categorie di individui.

Giungendo ora alla versione attuale della Convenzione, come anticipato l'art. 31 è l'unico a definire gli obblighi generali di prevenzione, facendo riferimento a un'ampia gamma di temi. Innanzitutto l'articolo stabilisce che gli Stati “shall endeavour to develop and evaluate national projects and to establish and promote best practices and policies aimed at the prevention of transnational organized crime” (par. 1). Essi inoltre “shall endeavour, in accordance with fundamental principles of their domestic law, to reduce existing or future opportunities for organized criminal groups to participate in lawful markets with proceeds of crime, through appropriate legislative, administrative or other measures” (par. 2). Le summenzionate misure, indicative dell'ampiezza che caratterizza il concetto di prevenzione all'interno della Convenzione, si identificano nel rafforzamento della cooperazione tra gli organi investigativi o i pubblici ministeri

---

<sup>114</sup> Nel Modello, infatti, l'UNODC asseriva che il concetto di “prevenzione” dovesse essere inteso in maniera ampia, con riferimento alla definizione di “prevenzione del crimine (*crime prevention*)” utilizzata al par. 6 delle Linee guida del Consiglio economico e sociale.

<sup>115</sup> ECOSOC Guidelines for the Prevention of Crime, par. 12.

ed i competenti enti privati; nella promozione dello sviluppo dei criteri e dei procedimenti atti a salvaguardare l'integrità degli organismi pubblici e privati pertinenti; nella prevenzione dell'abuso da parte di gruppi criminali organizzati di gare di appalto pubbliche; e nella prevenzione dell'abuso di persone giuridiche da parte di gruppi criminali organizzati<sup>116</sup>.

Gli Stati Parte dovrebbero inoltre impegnarsi a promuovere la consapevolezza da parte del pubblico dell'esistenza, delle cause e della gravità della minaccia rappresentata dal crimine organizzato transnazionale<sup>117</sup>, nonché lavorare tra loro e con le organizzazioni internazionali e regionali per alleviare le condizioni socio-economiche avverse che contribuiscono a rendere le persone vulnerabili alle maglie delle organizzazioni criminali<sup>118</sup>.

Il peso delle previsioni introdotte dall'art. 31, tuttavia, appare indebolito dall'utilizzo di espressioni esortative, anziché imperative (nella versione originale, in inglese, "*shall endeavour*", "*shall, as appropriate*" etc.), e fa ricadere le disposizioni in materia di prevenzione in un ambito di *soft law*. Tale criticità, sommata a una formulazione di doveri ampi e vaghi attribuiti agli Stati, inevitabilmente complica il compito di valutare l'effettivo adempimento da parte degli Stati di tali richieste. Inoltre, urge notare che la Guida legislativa della Convenzione non fa alcun riferimento diretto a qualsivoglia impegno richiesto agli attori statali di creare o adeguare il proprio sistema legislativo all'articolo in oggetto, il che suggerisce che esso agisca come uno strumento politico da applicare più nella pratica che a livello giuridico<sup>119</sup>.

#### *1.4.1 La prevenzione del crimine di smuggling ai sensi del Protocollo di Palermo*

Il terzo capitolo del Protocollo contro il traffico di migranti reca "Misure di prevenzione, cooperazione e altre misure" e comprende otto articoli (artt. 10-18). L'articolo 10 invita gli Stati Parte, e in particolare quelli aventi confini comuni o situati in corrispondenza di itinerari lungo i quali avviene il traffico di migranti, a scambiarsi informazioni riguardanti: punti di imbarco e di destinazione, nonché itinerari,

---

<sup>116</sup> Art. 31, par. 2 della Convenzione.

<sup>117</sup> Art. 31, par. 5 della Convenzione.

<sup>118</sup> Art. 31, par. 7 della Convenzione. Tale condizione impatta anche sul traffico di migranti nello specifico, di cui si tratterà al par.1.4.2.

<sup>119</sup> Cfr. McCLEAN, *op. cit.*, v. sopra nota 11, p. 295.



trasportatori e mezzi di trasporto, che si sappia essere utilizzati, o anche solo si sospetti siano utilizzati, da gruppi criminali dediti alle condotte di cui all'art. 6 del Protocollo; l'identità e i metodi di azione adottati dai suddetti gruppi criminali; l'autenticità e le caratteristiche dei documenti di viaggio rilasciati da uno Stato Parte, nonché il furto o il connesso uso improprio di documenti di viaggio o di identità in bianco; i mezzi e i metodi di occultamento e di trasporto delle persone; le esperienze, le prassi e le misure di carattere legislativo; e le informazioni di carattere tecnologico e scientifico utili alle autorità di contrasto. Come si nota, le disposizioni dell'articolo entrano nello specifico delle modalità con cui i singoli Paesi dovrebbero agire per favorire lo scambio reciproco di informazioni. Anche nel caso del Protocollo, tuttavia, il ricorso all'espressione "per quanto possibile" (*to the extent possible*) indebolisce la portata dei doveri di cooperazione in capo agli Stati, il che si riflette spesso volte in uno scambio di informazioni debole, finanche inesistente in taluni casi, che riduce l'efficacia delle indagini svolte dalle autorità dei singoli Paesi<sup>120</sup>.

Tra le misure di prevenzione, all'art. 11, rientrano, e assumono valenza predominante, le misure di controllo dei confini. Le principali previsioni richiedono agli Stati, senza pregiudizio per gli impegni internazionali in relazione alla libera circolazione delle persone, di rafforzare i controlli di frontiera per prevenire e individuare il traffico di migranti.

Come notano alcuni autori<sup>121</sup>, il concetto di "controllo di frontiera", così come le azioni che gli Stati dovrebbero intraprendere per rafforzarlo, è definito dal Protocollo in modo estremamente vago. Inoltre, sebbene tale richiesta sia soggetta al rispetto degli obblighi internazionali in materia di libera circolazione delle persone, né nel Protocollo né nelle linee guida ad esso riferite, sono state introdotte indicazioni che chiariscano il modo in cui tale requisito debba essere soddisfatto. Questa serie di fattori rende difficoltoso stabilire dei parametri di base per una corretta interpretazione, e applicazione, di suddetta previsione.

Alla luce di tali considerazioni, nasce una riflessione sul rapporto che intercorre tra il concetto di prevenzione e il controllo dei confini statali. Nel corso del presente lavoro, si metterà più volte in luce come il concetto di prevenzione venga usato, in certi casi

---

<sup>120</sup> Come ribadisce Filippo Spiezia nella relazione presentata al CSM in data 14 ottobre 2008, p. 24 (v. nota 4), lo scambio continuo di informazioni rappresenta un concetto che assurgerà sempre più a principio cardine della cooperazione internazionale, specie in ambito europeo.

<sup>121</sup> Cfr. A. GALLAGHER, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 505.

anche abusato, nell'ambito del contrasto al traffico di migranti in svariati modi e sotto differenti sfaccettature. Al fine di poterne discutere nel modo più limpido possibile, si prenda come parametro di riferimento la definizione generica di "prevenzione" offerta dalle Linee guida delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine, che recita: "crime Prevention comprises strategies and measures that seek to reduce the risk of crimes occurring, and their potential harmful effects on individuals and society, including fear of crime, by intervening to influence their multiple causes"<sup>122</sup>.

Ora, l'accostamento tra il concetto di prevenzione e le misure di controllo di frontiera non è così scontato, a meno che non si chiarisca a priori il controllo di *quali* frontiere sia effettivamente utile a prevenire, nel senso di ridurre il rischio che il crimine avvenga, il traffico di migranti. La considerazione nasce dal fatto che il controllo di taluni confini – in particolare, per quanto attiene al presente studio, le frontiere europee, su cui si ritornerà in seguito – può essere utile ad individuare le reti di traffico e, in certe occasioni, anche i perpetratori del crimine, ma sorgono dubbi circa l'apporto di tale controllo allo scopo specifico di prevenzione. Prendiamo, per esempio, i migranti che, attraverso la rotta libica<sup>123</sup>, raggiungono l'Europa. Svariate testimonianze, rilasciate dalle persone trafficate a organizzazioni internazionali, forze di polizia e stampa, hanno reso noto che i migranti pagano tariffe ai trafficanti "a rate" per ogni singola parte del viaggio. Quando essi raggiungono le coste europee, dunque, il contatto con i trafficanti è già stato stabilito e sono già state pagate delle somme di denaro corrispondenti, almeno, ai tre terzi della traversata.

Se l'obiettivo del Protocollo è la prevenzione del crimine, come dichiarato dal preambolo dello stesso, l'introduzione di misure di controllo di frontiera, nella misura vaga in cui sono definite dall'art. 11, risulta carente in termini di utilità per il raggiungimento di detto scopo. Sarebbe stato importante indicare, a parere di chi scrive, sul controllo di quali frontiere gli Stati avrebbero dovuto insistere, il che avrebbe dovuto interessare prevalentemente i Paesi di partenza dei migranti.

Ritornando al dettaglio dell'art. 11, par.1, poi, ogni Stato dovrebbe adottare le misure legislative o altre misure opportune per impedire ai mezzi di trasporto gestiti da

---

<sup>122</sup> UN Economic and Social Council, "Guidelines for the Prevention of Crime", ECOSOC Res. 2002/13, Annex, 24 luglio 2002, par. 3.

<sup>123</sup> La rotta libica, detta anche "del Mediterraneo centrale" è utilizzata prevalentemente dai migranti provenienti dai paesi dell'Africa centrale, in particolare da nigeriani, somali ed eritrei. Dal rapporto di EUROPOL, *Migrant smuggling networks*, del maggio 2016, risulta che nel 2015 attraverso la rotta centrale sono giunti in Europa 153.946 migranti irregolari.

trasportatori commerciali di essere utilizzati nella commissione del reato di cui all'art. 6<sup>124</sup>. Tali misure comprendono l'obbligo per i trasportatori commerciali, compresa qualsiasi compagnia di trasporto o proprietario o gestore di qualsiasi mezzo di trasporto, di verificare che tutti i passeggeri siano in possesso dei documenti di viaggio richiesti per l'ingresso nello Stato di accoglienza<sup>125</sup>. In relazione a questa disposizione, gli Stati dovrebbe prevedere sanzioni in caso di violazione di suddetti obblighi<sup>126</sup>.

Il termine "operatore di trasporto commerciale" (*commercial carrier*) non è definito nello specifico all'interno del Protocollo, ma dal Modello dell'UNODC si può intendere come la persona fisica o giuridica che trasporta persone o beni a fini commerciali<sup>127</sup>. Si evince, inoltre, dalla nota interpretativa che la disposizione di cui ai parr. 2 e 3 dell'art. 11 chiede agli Stati di imporre l'obbligo ai trasportatori solo di controllare che i passeggeri dispongano degli adeguati documenti di viaggio e non di verificare che tali documenti siano validi o autentici<sup>128</sup>. Come nota parte della dottrina<sup>129</sup>, peraltro, il Protocollo non impone agli Stati di addossare la responsabilità ai mezzi commerciali per il fatto di trasportare migranti senza documenti, ma, d'altra parte, non prevede nemmeno disposizioni che vietino agli Stati di sanzionare tale condotta. Questa vaghezza del Protocollo si traduce, inevitabilmente, in un potere discrezionale degli Stati che ha talvolta prodotto un'eccessiva criminalizzazione dei trasportatori, in particolare dei gestori di pescherecci e navi commerciali<sup>130</sup>.

Ogni Stato Parte dovrebbe, inoltre, adottare misure, conformemente al proprio diritto interno, quali il rifiuto d'ingresso o il ritiro dei visti per le persone coinvolte nella commissione dei reati puniti dal Protocollo<sup>131</sup>, nonché rafforzare la cooperazione con gli organismi di controllo delle frontiere tramite, tra le altre misure, la costituzione e il mantenimento di canali diretti di comunicazione<sup>132</sup>.

Un'ulteriore azione preventiva del traffico di migranti, ai sensi dell'art. 12 del

---

<sup>124</sup> Art. 11, par. 2 del Protocollo.

<sup>125</sup> Art. 11, par. 3 del Protocollo.

<sup>126</sup> Art. 11, par. 4 del Protocollo.

<sup>127</sup> UNODC, *Model Law against the Smuggling of Migrants*, pp. 12-13.

<sup>128</sup> *Travaux Préparatoires*, p. 521. Tale interpretazione trova conferma anche nella Guida legislativa alla Convenzione e relativi protocolli, p. 298, in cui si chiarisce che l'obiettivo per gli Stati è "to attach liability to the carriers for not having checked the documents as required".

<sup>129</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 508.

<sup>130</sup> Si ritornerà su questo punto al cap. 2 del presente lavoro.

<sup>131</sup> Art. 11, par. 5 del Protocollo.

<sup>132</sup> Art. 11, par. 6 del Protocollo.

Protocollo, è il controllo dei documenti da parte degli Stati che, nello specifico, devono adottare le misure necessarie, in base ai mezzi disponibili, per assicurare, da un lato, che i documenti di viaggio o di identità da essi rilasciati siano di una qualità tale da non poter essere utilizzati facilmente in maniera impropria e, dall'altro, che tali documenti non siano creati, rilasciati e utilizzati illegalmente. Secondo quanto emerge dalla nota interpretativa a questo articolo, tale obbligo è stato creato con l'intento di comprendere una vasta gamma di situazioni: non solo la creazione di falsi documenti, ma anche l'alterazione di documenti regolari, la compilazione di documenti bianchi, nonché l'utilizzo di documenti rilasciati legalmente ma utilizzati da una persona diversa dal legittimo proprietario<sup>133</sup>.

In materia di controllo di documenti, dunque, gli Stati hanno il dovere di garantire la sicurezza dei documenti di viaggio, di registrare la loro emissione e prevenirne la falsificazione. Questo potrebbe comportare, ad esempio, la creazione di un sistema in cui i passaporti in bianco vengano archiviati in maniera sicura e le registrazioni dei passaporti siano costantemente aggiornate in modo che i documenti smarriti siano identificati facilmente e cancellati.

L'efficace gestione dei documenti di viaggio, secondo quanto emerge dal Protocollo, è strettamente legata alla cooperazione tra Stati, che sono tenuti, sulla base di una richiesta da parte di un altro Stato parte, a verificare, entro un lasso di tempo ragionevole, la legittimità e validità di documenti d'identità o di viaggio da essi emessi, o presumibilmente emessi, e sospettati di essere stati usati con lo scopo di trafficare migranti. Il suddetto obbligo ha un ambito di applicazione generale, che può dunque venire in rilievo sia nel caso di rimpatrio di migranti trafficati, sia nell'ambito del controllo di frontiera o di definizione di condanne penali<sup>134</sup>.

Il tema della cooperazione tra Stati quale strumento di prevenzione verrà analizzato più volte, e nel dettaglio, nel corso del presente lavoro; per il momento si ricorda che l'art. 29 della Convenzione impone agli Stati Parte un obbligo generico di avviare, sviluppare o migliorare programmi di formazione per il personale coinvolto nella prevenzione, identificazione, e repressione delle condotte criminose che ricadono nell'ambito della stessa. Agli Stati è richiesto, inoltre, di prestarsi assistenza reciproca per pianificare e attuare programmi di formazione<sup>135</sup>, di promuovere la formazione e

---

<sup>133</sup> *Travaux Préparatoires*, p. 525.

<sup>134</sup> Art. 13 del Protocollo.

<sup>135</sup> Art. 29, par. 2 della Convenzione.

l'assistenza tecnica volti a favorire la cooperazione giudiziaria internazionale<sup>136</sup>, e di massimizzare le opportunità di attività operative bilaterali e multilaterali<sup>137</sup>. L'art. 30 della Convenzione (recante "Attuazione della Convenzione attraverso lo sviluppo economico e l'assistenza tecnica") completa poi tali disposizioni richiedendo agli Stati "to make concrete efforts to the extent possible" per garantire ai Paesi in via di sviluppo l'assistenza e il supporto necessari a contrastare il crimine organizzato<sup>138</sup>.

Il Protocollo contro il traffico di migranti, all'art. 14, ribadisce in gran parte l'essenza di tali previsioni, adattandole nello specifico alla lotta allo *smuggling*. Esso definisce, infatti, gli obblighi in capo agli Stati Parte di assicurare o rafforzare la formazione specializzata per i funzionari dei servizi di immigrazione e altri funzionari competenti nel contrasto dei reati di cui all'art. 6. Gli Stati devono inoltre cooperare gli uni con gli altri, nonché con le organizzazioni internazionali e non governative, e con altri attori della società civile nella maniera adeguata ad assicurare che la formazione sul proprio territorio sia effettuato in modo efficace, al fine di prevenire, combattere e sradicare il traffico di migranti, nonché proteggere i diritti dei migranti trafficati<sup>139</sup>. Come si evince dall'articolo, dunque, l'addestramento non è volto solamente a individuare e favorire le indagini su tale fenomeno, ma include anche l'intento di garantire un trattamento umano per i migranti e la tutela dei loro diritti<sup>140</sup>.

Per concludere questo excursus relativo alle misure di prevenzione introdotte dal Protocollo, è necessario considerare quelle che, all'art. 15, vengono definite "altre misure di prevenzione" e che si sviluppano lungo due direttrici principali: l'informazione e la creazione di una consapevolezza pubblica; e la cooperazione a supporto delle aree di crisi.

In merito al primo aspetto, agli Stati parte è richiesto di stabilire o rafforzare programmi di informazione per aumentare, da un lato, la consapevolezza pubblica sul fatto che il traffico di migranti è un'attività spesso posta in essere da gruppi criminali organizzati, la quale mette a serio rischio l'incolumità delle persone trafficate; dall'altro, per diffondere la conoscenza tra i migranti al fine di evitare che essi cadano nelle maglie di tali gruppi. Tali disposizioni applicano al caso specifico del contrasto

---

<sup>136</sup> Art. 29, par. 3 della Convenzione.

<sup>137</sup> Art. 29, par. 4 della Convenzione.

<sup>138</sup> Art. 30, par. 2 della Convenzione.

<sup>139</sup> Art. 14, par. 2 del Protocollo.

<sup>140</sup> Art. 14, par. 2(e) del Protocollo.

allo *smuggling* quanto stabilito dall'art. 31 della Convenzione<sup>141</sup>.

Il ragionamento che sta alla base della necessità di accrescere la consapevolezza nell'opinione pubblica in relazione al traffico di migranti è riassunto in modo efficace dall'UNODC, secondo cui, spesso, la collettività, così come le autorità preposte al controllo di tale fenomeno, non hanno una piena comprensione di cosa sia lo *smuggling*. In alcuni Paesi di origine, il traffico di migranti può non essere percepito come un'attività criminale che pone in serio pericolo i migranti e le società colpite, ma più come un servizio legittimo che aiuta le persone a fuggire da povertà, conflitti e calamità naturali.

Ancora più problematico è il fatto che, come emerge da diverse testimonianze di migranti giunti sulle coste italiane, si rileva una totale mancanza di consapevolezza del fatto che l'attraversamento illegale delle frontiere sia punito dall'ordinamento nazionale. Inoltre, gli *smugglers* sovente vengono descritti come “facilitatori”, “aiutanti” da ringraziare<sup>142</sup> per aver permesso loro di fuggire dal proprio luogo di origine.

D'altro canto, negli Stati di destinazione e di transito la criminalità connessa alle attività di traffico è spesso fraintesa, con il risultato che i migranti stessi vengono stigmatizzati. Come nota l'UNODC, infatti, senza una piena comprensione dei motivi per cui una persona decide di imbarcarsi per traversate rischiose e nelle mani di gruppi criminali, l'incentivo a combattere il traffico rimane debole.

Ulteriori incomprensioni permangono inoltre per quanto riguarda sia le differenze sia le sovrapposizioni tra il crimine di traffico e quello di tratta, e un chiarimento in tal senso deve indirizzarsi non solo a coloro che contrastano il crimine ma anche alle persone che sono più vulnerabili e inclini a subirlo<sup>143</sup>.

Gli obblighi di cui sopra, per quanto molto importanti, risultano definiti in modo eccessivamente ampio e vago circa le modalità da adottare per metterli in pratica. L'UNODC ha suggerito che gli Stati dovrebbero diffondere informazioni accurate, oggettive e adeguate circa le politiche migratorie e le annesse procedure. Questo

---

<sup>141</sup> Art. 31, par. 5 della Convenzione: “States parties shall endeavour to promote public awareness regarding the existence, causes and gravity of and threat posed by transnational organized crime. Information may be disseminated where appropriate through the mass media and shall include measures to promote public participation in preventing and combating such crime”.

<sup>142</sup> Sul tema, si veda M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, 2011.

<sup>143</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *International Framework for Action to Implement the Smuggling of Migrants Protocol*, 2011, p. 8.

concorrerebbe a formare un'opinione pubblica più consapevole e aiuterebbe i migranti a prendere decisioni informate.

Inoltre, per le persone che non hanno altra scelta se non quella di lasciare il proprio Paese, l'UNODC insiste sulla diffusione di messaggi che, oltre a mettere in guardia circa le attività dei gruppi criminali, li informino anche su canali alternativi di protezione<sup>144</sup>. Bisogna tuttavia notare che, nonostante le indicazioni dell'UNODC rappresentino una necessità reale, è difficile immaginare come le persone che fuggono da gravi privazioni nel paese di origine possano essere informate circa le procedure vigenti nell'UE o nei singoli Stati. Peraltro, tali informazioni dovrebbero essere diffuse da Stati che, nella gran parte dei casi, non hanno i mezzi di diffusione necessari, o non intendono utilizzarli.

Tornando ora al secondo aspetto introdotto dall'art. 15, lasciato precedentemente in sospenso, il Protocollo richiede agli Stati di promuovere o rafforzare programmi di sviluppo e cooperazione a livello nazionale, regionale e internazionale, prendendo in considerazione le realtà socio-economiche della migrazione e prestando particolare attenzione alle zone socialmente ed economicamente depresse, al fine di combattere le cause di carattere socio-economico che sono alla base del traffico di migranti, come la povertà e il sottosviluppo<sup>145</sup>.

Tale disposizione è particolarmente significativa in quanto riconosce quale radice del traffico di migranti il desiderio delle persone di lasciarsi alle spalle situazioni di grave povertà e oppressione, per cercare condizioni di vita migliori<sup>146</sup>. Bisogna tuttavia considerare, come rileva parte della dottrina, che tale previsione è di fatto estremamente ambiziosa e lascia agli Stati un ampio margine di discrezionalità nello scegliere se applicarla o meno<sup>147</sup>.

### **1.5 La repressione del traffico di migranti**

Una volta esauriti gli aspetti inerenti la prevenzione del traffico di migranti, il presente paragrafo prende in esame le disposizioni che nella Convenzione e nel Protocollo sono

---

<sup>144</sup> UNODC, *Framework for Action*, p. 46.

<sup>145</sup> Art. 15, par. 3 del Protocollo.

<sup>146</sup> Guida legislativa, p. 372, par. 82.

<sup>147</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 501 e MCCLEAN, *op. cit.*, v. sopra nota 11, p. 425.

rivolte alla repressione del crimine. Tra gli obiettivi principali del Protocollo, infatti, vi è la promozione di un ravvicinamento tra le leggi nazionali degli Stati parte volte a contrastare e punire il traffico di migranti. Come si legge nella Guida legislativa, peraltro, gli obblighi di repressione sono centrali sia per il Protocollo sia per la Convenzione, poiché utili non solo come strumento deterrente e di punizione di determinate condotte, ma anche come base di svariate forme di prevenzione, cooperazione internazionale e assistenza tecnica<sup>148</sup>.

Prima di analizzare nello specifico l'art. 6 del Protocollo, che individua le condotte che gli Stati parte devono penalizzare all'interno dei propri ordinamenti nazionali, è necessario mettere in luce il rapporto che intercorre tra esso e l'art. 34 della Convenzione, che ne regola l'attuazione.

Attraverso l'art. 34, la Convenzione richiede a ciascuno Stato parte di adottare, conformemente ai principi fondamentali della propria legislazione interna, le misure necessarie, incluse quelle legislative ed amministrative, dirette a garantire l'attuazione degli obblighi da essa stabiliti<sup>149</sup>. Particolarmente rilevante è poi il par. 2, secondo il quale i reati previsti dagli articoli 5 (partecipazione a un gruppo organizzato transnazionale), 6 (riciclaggio dei proventi di reato), 8 (corruzione) e 23 (intralcio alla giustizia) della Convenzione devono essere inseriti nella legislazione interna di ciascuno Stato Parte, indipendentemente dalla natura transnazionale o dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, tranne che nella misura in cui l'articolo 5 della Convenzione richiede il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato<sup>150</sup>.

Come ribadito più volte all'interno dei precedenti paragrafi, la Convenzione e i suoi Protocolli devono essere interpretati congiuntamente e le disposizioni della Convenzione si applicano ai Protocolli, salvo diversa disposizione. Da quanto appena ricordato consegue che il Protocollo contro lo *smuggling* è da intendersi limitato, quanto al suo ambito applicativo (salvo disposizione contraria) alle sole condotte

---

<sup>148</sup> Guida legislativa, p. 349.

<sup>149</sup> Art. 34, par. 1 della Convenzione.

<sup>150</sup> Art. 34, par. 2: "The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention shall be established in the domestic law of each State Party 36 independently of the transnational nature or the involvement of an organized criminal group as described in article 3, paragraph 1, of this Convention, except to the extent that article 5 of this Convention would require the involvement of an organized criminal group". Cfr. anche art. 34, par. 3: "Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime".



commesse in un contesto criminale organizzato, così come stabilito dalla Convenzione madre.

Tale principio è peraltro ribadito all'art. 4 del Protocollo contro il traffico di migranti, il quale stabilisce che “this Protocol shall apply, except as otherwise stated herein, to the prevention, investigation and prosecution of the offences established in accordance with article 6 of this Protocol, where the offences are transnational in nature and involve an organized criminal group, as well as to the protection of the rights of persons who have been the object of such offences”.

Notano diversi autori che l'intento dei legislatori era quello di contrastare il traffico di migranti quando commesso da un gruppo organizzato, escludendo così le persone che agiscono per ragioni umanitarie o di riunificazione familiare, come anticipato in precedenza. Tuttavia, è plausibile che il crimine di *smuggling*, come inteso dal Protocollo, venga perpetrato da singoli individui. Inoltre, per quanto sia chiaro che il traffico di migranti di per sé implichi un elemento di transnazionalità, questo può non verificarsi per le condotte satellitari al crimine, come il favorire la permanenza illegale o la produzione di documenti falsi<sup>151</sup>.

Viene in aiuto la Guida legislativa, secondo la quale mentre gli Stati parte dovrebbero stabilire alcuni livelli di transnazionalità e di appartenenza a un gruppo organizzato nella definizione di gran parte dei reati previsti dal Protocollo, i pubblici ministeri non avrebbero il dovere di provare nessuno dei due elementi per ottenere la condanna per traffico di migranti o altri reati, secondo quanto stabilito dalla Convenzione e dal Protocollo. Nel caso dello *smuggling*, poi, i reati stabiliti dalla legislazione nazionale si dovrebbero applicare anche qualora suddetti elementi (transnazionalità e appartenenza) non esistano o non possano essere provati<sup>152</sup>.

Particolare menzione va poi rivolta al par. 3 dell'art. 34 della Convenzione, che consente agli Stati parte di adottare misure più rigide o severe di quelle da essa previste per prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale. Non vengono, però, stabiliti i limiti che gli Stati non dovrebbero superare nella definizione di misure più rigide, né all'interno della Convenzione né attraverso note interpretative o guide legislative. Per esempio, alcuni Stati hanno penalizzato il favoreggiamento dell'ingresso illegale senza che dovesse essere provato lo scopo di ottenere un

---

<sup>151</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 362.

<sup>152</sup> Guida legislativa, pp. 333-334.

guadagno economico o materiale<sup>153</sup>. Questo tipo di scelta autonoma degli Stati, per quanto potenzialmente contraria allo spirito del Protocollo e all'intento con cui i legislatori l'hanno creato, non è proibita da esso in maniera esplicita. Rimane comunque il fatto che, qualora uno Stato decida di adottare misure eccessivamente restrittive che male si conciliano con lo spirito del Protocollo, esso non può essere invocato come base giuridica per la loro applicazione.

#### *1.5.1 La penalizzazione delle condotte individuabili come smuggling all'interno del Protocollo*

Il Protocollo contro il traffico di migranti dedica alla repressione del crimine l'intero art. 6, il quale impone agli Stati parte di adottare misure legislative, e di altro tipo, per qualificare quali reati ai sensi del loro diritto interno, quando l'atto è commesso intenzionalmente ed al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale, una serie di condotte che si analizzeranno nel dettaglio a breve.

È bene ribadire che la criminalizzazione di tali condotte è al centro del Protocollo, in quanto considerata non solo un deterrente e uno strumento di repressione del crimine, ma anche quale base per numerose forme di prevenzione, cooperazione internazionale e assistenza tecnica tra Stati<sup>154</sup>. Gli Stati parte, inoltre, sono vincolati al dovere di punire non solo la condotta in sé, ma anche il tentativo di commettere il crimine, la partecipazione nell'esecuzione di esso, nonché l'organizzazione e la direzione di altri ai fini della sua perpetrazione.

Gli Stati parte hanno, *in primis*, il dovere di punire il traffico di migranti (art. 6, par.1(a)), come definito dall'art. 3 del Protocollo, di cui si è parlato profusamente al par. 1.3.

Una breve riflessione merita l'espressione "vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale (*financial or other material benefit*)", contenuta sia nel Protocollo sia all'art. 2(a) della Convenzione. Essa, come puntualizzato dall'UNODC, è parte integrante della definizione di traffico di migranti e, in quanto tale, deve essere inclusa nella definizione della condotta punibile all'interno degli ordinamenti nazionali dei singoli

---

<sup>153</sup> Si veda, ad esempio, in Italia la legge n. 189, 30 luglio 2002, *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo*, in G.U. n.199, 26 agosto 2002.

<sup>154</sup> Guida legislativa, p. 349.

Stati<sup>155</sup>. Per contro, si può ritenere che, qualora uno Stato punisca il favoreggiamento dell'ingresso illegale senza l'intento di ottenere un vantaggio esso non soddisfi i requisiti di penalizzazione richiesti dal Protocollo. Tuttavia, bisogna considerare che le disposizioni del Protocollo in tal senso stabiliscono standard minimi, e sembra che nulla in esso vieti a uno Stato di criminalizzare la mera facilitazione dell'ingresso illegale, purché il Protocollo non venga richiamato come base per la penalizzazione di tale condotta.

Nonostante il termine “*benefit*” sia stato scelto dagli Stati in alternativa a “*profit*”, proprio al fine di comprendere vantaggi che vadano al di là del puro guadagno pecuniario, come per esempio lo scambio di favori o il pagamento tramite prestazioni lavorative o sessuali<sup>156</sup>, emerge da un rapporto del Gruppo di esperti sullo *smuggling* che diversi Stati tendono a limitare l'accertamento del crimine alle circostanze in cui il vantaggio previsto sia finanziario<sup>157</sup>.

Da notare che, ai sensi dell'art. 5 del Protocollo, i migranti non sono perseguibili penalmente per il fatto di essere stati oggetto delle condotte che, ai sensi dell'art. 6, gli Stati hanno il dovere di punire all'interno del proprio ordinamento<sup>158</sup>. Inizialmente,

---

<sup>155</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *Model Law against the Smuggling of Migrants*, 2010, p. 13.

<sup>156</sup> Come si ricava dal rapporto di Europol, *Migrant Smuggling in the EU*, del febbraio 2016, tra i migranti che hanno raggiunto l'Unione europea nel 2015: il 52% ha pagato in contanti; il 20% ha utilizzato sistemi bancari alternativi; il 16% è stato finanziato dalla propria famiglia; il 2% ha utilizzato servizi di trasferimento del denaro; lo 0,2% ha pagato il viaggio tramite prestazioni lavorative; e per il 10% il metodo di pagamento è sconosciuto.

<sup>157</sup> Working Group on the Smuggling of Migrants, (CTOC/COP/WG.7/2017/4), *Examination of the “financial and material benefit” aspect of the definition of smuggling of migrants*, Vienna, 18-20 novembre 2015.

<sup>158</sup> L'art. 6 del Protocollo stabilisce che: “1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit: (a) The smuggling of migrants; (b) When committed for the purpose of enabling the smuggling of migrants: (i) Producing a fraudulent travel or identity document; (ii) Procuring, providing or possessing such a document; (c) Enabling a person who is not a national or a permanent resident to remain in the State concerned without complying with the necessary requirements for legally remaining in the State by the means mentioned in subparagraph (b) of this paragraph or any other illegal means. 2. Each State Party shall also adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences: (a) Subject to the basic concepts of its legal system, attempting to commit an offence established in accordance with paragraph 1 of this article; (b) Participating as an accomplice in an offence established in accordance with paragraph 1 (a), (b) (i) or (c) of this article and, subject to the basic concepts of its legal system, participating as an accomplice in an offence established in accordance with paragraph 1 (b) (ii) of this article; (c) Organizing or directing other persons to commit an offence established in accordance with paragraph 1 of this article. 3. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as aggravating circumstances to the offences established in accordance

come si legge nei lavori preparatori<sup>159</sup>, l'esclusione della criminalizzazione dei migranti trafficati era stata inclusa al par. 7 dell'art. 4. L'introduzione di un articolo *ad hoc* relativo all'esclusione della colpevolezza delle persone *oggetto* di traffico è stata opera di un gruppo di lavoro nel corso dell'ottava sessione di incontri del Comitato con l'intento di far sì che qualsivoglia fattispecie di reato introdotta per punire lo *smuggling* ricadesse sui trafficanti e non sui trafficati. Tale principio è stato ribadito anche dalla Guida legislativa, la quale aggiunge che, sebbene alcuni Stati all'interno dei propri ordinamenti criminalizzino il mero ingresso illegale dei migranti, non rientrando tale condotta nella fattispecie di crimine organizzato transnazionale, essa non può rientrare nell'ambito del Protocollo<sup>160</sup>. Le disposizioni di cui all'art. 5 devono essere lette in relazione a quanto disposto dall'art. 6, par. 4, secondo cui nessuna disposizione all'interno del Protocollo impedisce ad uno Stato parte di prendere misure nei confronti di una persona la cui condotta costituisce reato ai sensi del suo diritto interno. L'interazione tra i due articoli trova conciliazione nella Guida legislativa, secondo la quale lo scopo del Protocollo è quello di prevenire e contrastare il traffico di migranti quale forma di crimine organizzato transnazionale, pur, al contempo, evitando di criminalizzare la mera immigrazione, anche se illegale, all'interno degli ordinamenti nazionali. Per tale ragione, per esempio, un migrante colto in possesso di un documento falso non dovrebbe rientrare nella fattispecie criminosa definita dall'art. 6, par. 1(b) del protocollo, mentre un trafficante, scoperto nelle medesime condizioni, sarebbe perseguibile ai sensi del medesimo articolo<sup>161</sup>.

Come nota parte della dottrina, tuttavia, la spiegazione offerta dalla Guida non sempre rispecchia la realtà. Appare infatti chiaro che, introducendo il par. 4, gli Stati hanno cautamente preservato il proprio diritto di adottare leggi nazionali che permettessero loro di criminalizzare certe condotte legate all'immigrazione. In altre parole, nulla all'interno del Protocollo vieta agli Stati di introdurre nel proprio ordinamento leggi che prevedano quale reato il mero ingresso o la permanenza illegali. Allo stesso modo,

---

with paragraph 1 (a), (b) (i) and (c) of this article and, subject to the basic concepts of its legal system, to the offences established in accordance with paragraph 2 (b) and (c) of this article, circumstances: (a) That endanger, or are likely to endanger, the lives or safety of the migrants concerned; or (b) That entail inhuman or degrading treatment, including for exploitation, of such migrants. 4. Nothing in this Protocol shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law”.

<sup>159</sup> *Travaux préparatoires*, p. 475, nota 2.

<sup>160</sup> Guida legislativa, p. 340.

<sup>161</sup> Guida legislativa, p. 349.

gli Stati potrebbero punire le persone entrate irregolarmente nel loro territorio tramite il possesso di documenti falsi, applicandola anche ai migranti trafficati. Tutto questo, ovviamente, come ribadito in precedenza, andrebbe al di là dell'ambito del Protocollo, che dunque in tal caso non potrebbe essere richiamato quale base giuridica.

Un'ultima disposizione strettamente legata all'art. 5, poi, è l'art. 19, par.1, secondo cui nessuna previsione del Protocollo pregiudica diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e individui ai sensi del diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario, la tutela internazionale dei diritti umani e, in particolare, la Convenzione del 1951 e il Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati e il principio di non respingimento ivi contenuto.

Una seconda condotta punibile ai sensi dell'art. 6 è la fabbricazione di documenti fraudolenti. Come noto, infatti, sebbene il traffico di migranti venga perpetrato spesso mediante l'attraversamento illegale dei confini, senza dunque la necessità di possedere documenti di viaggio, in altri casi i migranti trafficati entrano nello Stato di destinazione mediante documenti falsi. Il termine "fraudolenti (*fraudolent*)", utilizzato nel contesto del Protocollo, include peraltro i documenti legali ma ottenuti tramite mezzi illeciti, quali furti, nonché i documenti alterati o prodotti *ex novo*. Alcune ricerche pubblicate dall'UNODC hanno infatti portato alla luce una vasta gamma di servizi legati alla produzione e all'utilizzo di falsi documenti d'identità e di viaggio, a partire dal semplice furto e vendita di passaporti fino a schemi di viaggio che comportano la falsificazione di interi registri aziendali, in modo tale da permettere alle persone registrate di entrare in uno Stato con falsi permessi di lavoro. Le Nazioni Unite hanno inoltre riportato che molti servizi di produzione di documenti usati per il traffico di migranti non coinvolgono solo operatori singoli, in quanto richiedono un capitale e livelli di organizzazione che si confanno a gruppi criminali ampi e altamente organizzati<sup>162</sup>.

Gli Stati parte al Protocollo, dunque, devono punire gli atti di produrre, procurare, acquisire o possedere documenti di viaggio o di identità fraudolenti (elemento oggettivo), se commessi nel contesto del traffico di migranti. Si ricorda ancora una

---

<sup>162</sup> Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, *Criminalization within the scope of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto: Note by the Secretariat*", UN Doc. CTOC/COP/2008, 4 settembre 2008, p. 4.

volta che, in linea con gli altri reati definiti dall'art. 6, l'intento è punire i trafficanti e non i migranti.

Per quanto attiene all'elemento soggettivo di tale reato, la Guida legislativa chiarisce la necessità di provare una tripla intenzionalità: l'intento di produrre, procurare, acquisire o possedere il documento fraudolento; il fatto che tale atto sia commesso con l'intento di perpetrare il crimine di traffico; e il fatto che la condotta sia finalizzata all'ottenere un guadagno finanziario o materiale<sup>163</sup>. Quanto stabilito dalla Guida, e confermato dai lavori preparatori del Protocollo<sup>164</sup>, mira a far sì che solo i trafficanti vengano puniti e non i migranti trovati in possesso di documenti falsi.

Alla facilitazione della residenza illegale, poi, è dedicato l'art. 6, par. 1(c) del Protocollo, volto a contrastare i casi in cui i trafficanti organizzano l'ingresso in un dato Stato attraverso documenti legali, o apparentemente tali, per poi favorire la permanenza illegale dei migranti in detto Stato. Il favoreggiamento della permanenza illegale, ai sensi del Protocollo, può attuarsi mediante i mezzi di cui sopra o *tramite qualsiasi altro mezzo illegale*. L'ampiezza di quest'ultima espressione viene chiarita dai lavori preparatori, secondo cui tali altri mezzi sono da ricondursi a “illegal means as defined under domestic law”<sup>165</sup>.

Gli elementi oggettivi del crimine di favoreggiamento della residenza illegale si identificano, dunque, nel risultato di permettere a una persona di restare in uno Stato senza che essa soddisfi i requisiti legali per risiedere in tale Stato; tale condotta deve verificarsi in uno Stato di cui la persona non è cittadina né residente abituale; in ultimo, essa deve perpetrarsi attraverso mezzi illeciti. L'elemento soggettivo, invece, si identifica ancora una volta nell'intenzionalità di portare a termine tale condotta e nel fine di ottenere un vantaggio finanziario o materiale. La Guida chiarisce, a tal proposito, che deve essere provato l'intento di commettere qualsiasi atto utile a permettere la residenza illegale, nonché l'intenzione o lo scopo di ottenere un guadagno<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> Guida legislativa, p. 344.

<sup>164</sup> *Travaux préparatoires*, p. 489.

<sup>165</sup> *Travaux préparatoires*, p. 489.

<sup>166</sup> Guida legislativa, p. 343.

### 1.5.2 I reati di tentativo, partecipazione e organizzazione del traffico di migranti

L'art. 6, al par. 2, poi, in relazione alle tre fattispecie di reato analizzate sopra (traffico di migranti, fabbricazione e possesso di documenti falsi, favoreggiamento della residenza illegale), attribuisce carattere di reato al tentativo (art. 6, par. 2(a)), alla partecipazione (art. 6, par. 2(b)) e all'organizzazione (art. 6, par. 2(c)) del traffico di migranti.

Un aspetto interessante, e in qualche modo controverso, riguarda il *tentativo* di commettere il crimine di traffico di migranti. Se da un lato, infatti, provare il tentativo di commettere tale crimine prima che esso avvenga sia innegabilmente arduo e potenzialmente fonte di abusi, dall'altro è altrettanto palese che la mancata penalizzazione di tale condotta ridurrebbe notevolmente l'efficacia delle attività di contrasto dello *smuggling*. L'art. 6, par. 2 del Protocollo stabilisce che ogni Stato parte deve adottare misure legislative per prevedere quale reato, “fatti salvi i concetti fondamentali del suo ordinamento giuridico”, il *tentativo* di commettere un reato stabilito dall'art. 6, par. 1 del medesimo Protocollo. La Guida legislativa evidenzia che non tutti i sistemi giuridici prevedono disposizioni per la criminalizzazione dei casi in cui il tentativo di commettere il crimine non è andato a buon fine. Tra gli Stati che criminalizzano anche il solo tentativo, molti prevedono “that some fairly substantial course of conduct be established before there can be a conviction”. In diversi casi, infatti, devono essere verificate una o più condotte positive, mentre in altri i magistrati devono stabilire che l'accusato abbia fatto di tutto per portare a termine la condotta, e che questa sia fallita per altri motivi<sup>167</sup>.

Dai lavori preparatori relativi a tale previsione emerge che il riferimento al tentativo è concepito in alcuni Paesi nel senso di includere sia gli atti preparatori della condotta criminosa, sia quelli commessi nel contesto di un tentativo fallimentare di compiere il reato. Dunque, entrambe le forme di *tentativo* dovrebbero considerarsi coperte dal Protocollo nella misura in cui trovano riscontro nell'ordinamento nazionale dello Stato<sup>168</sup>.

Bisogna inoltre considerare che in taluni sistemi giuridici, il tentativo è punito allo stesso modo del reato portato a termine, mentre in altri la prima condotta viene punita

---

<sup>167</sup> Guida legislativa, p. 347.

<sup>168</sup> *Travaux préparatoires*, p. 489.

meno rigidamente. Questo produce inevitabilmente delle conseguenze variabili da uno Stato all'altro. Si pensi, per esempio, a Paesi in cui vi è una presenza serrata di Guardia costiera lungo le coste: da un lato, questa può agire da deterrente, in quanto le condotte degli *smugglers* hanno possibilità ridotte di andare a buon fine; dall'altro, però, si è attestato in diversi casi un *modus operandi* dei trafficanti che lasciano i migranti a poche miglia dalla costa, abbandonandoli in mare o su gommoni sgonfi, per indurre la stessa Guardia costiera a completare il soccorso e, in un certo senso, l'ingresso illegale nello Stato<sup>169</sup>. In tali casi, prevedere pene più leggere per i trafficanti che non hanno portato a termine la condotta – nel senso che non hanno portato i migranti fino allo Stato di destinazione – appare chiaramente controproducente.

Passando ora alla seconda ipotesi introdotta dall'art. 6, par. 2 del Protocollo, gli Stati hanno il dovere di punire la partecipazione alle tre condotte definite dal par. 1. Tale aspetto è rilevante nel contesto del traffico di migranti, a causa dell'elevato numero di persone coinvolte, a vari livelli, nella commissione del crimine. Nel contesto dell'Africa occidentale, per esempio, i migranti trafficati entrano in contatto con svariati fornitori di servizi nel corso della traversata, tra cui trasportatori e *brokers* di alto livello<sup>170</sup>. Sebbene il grado di complicità di ciascuno di questi attori vari in maniera considerevole, tutti giocano un ruolo importante nell'ottica del risultato finale, ossia il traffico, e, spesso, lo sfruttamento dei migranti.

Gli Stati parte, dunque, hanno il dovere di criminalizzare la partecipazione in qualità di complici alle condotte punite dal Protocollo: traffico di migranti, produzione di documenti di viaggio o di identità fraudolenti al fine di favorire il traffico; e favoreggiamento della residenza illegale.

A tal proposito, è bene notare che le previsioni del Protocollo devono essere considerate in parallelo con altri obblighi di criminalizzazione ai sensi della Convenzione. Per esempio, è possibile individuare una sovrapposizione tra l'obbligo di punire l'organizzazione e la direzione delle condotte riconducibili al crimine di traffico e le previsioni stabilite dall'art. 5 della Convenzione relative alla punizione della partecipazione a un gruppo criminale organizzato.

L'articolo 6, oltre a stabilire il dovere in capo agli Stati di stabilire pene per i responsabili del traffico, ha stabilito talune circostanze aggravanti. Esse dovrebbero

---

<sup>169</sup> UNODC, *Model Law on Migrant Smuggling*, p. 29

<sup>170</sup> United Nations on Drugs and Crime, *The Role of Organized Crime in the Smuggling of Migrants from West Africa to the European Union*, 2011, p. 33.



essere riconosciute nel caso di situazioni che mettono in pericolo, o rischiano di mettere in pericolo, la vita o la sicurezza dei migranti, o che provochino trattamenti inumani e degradanti ai loro danni, incluso lo sfruttamento<sup>171</sup>. Come evidenziato dalla Guida legislativa al protocollo, le conseguenze derivanti dal definire una circostanza come “aggravante” dipendono dal sistema legislativo dei singoli Stati: essa può prendere la forma di una condotta criminosa parallela (es. traffico di migranti aggravato) o portare a pene più severe o prolungate nel tempo. Quello che rimane in dubbio, e su cui si ritornerà più nel dettaglio successivamente, è quali tutele, se ce ne sono, siano previste a favore dei migranti che hanno subito tali circostanze aggravanti, essendo essi definiti dallo stesso Protocollo quali “oggetti” (*objects*) e non vittime del crimine, a differenza di quanto avviene per le persone sottoposte alla tratta<sup>172</sup>.

Un ultimo aspetto su cui vale la pena soffermarsi, anche nell’ottica di individuare ulteriori differenze con il crimine di tratta, è la tutela dei migranti trafficati in qualità di testimoni. La cooperazione delle persone trafficate, infatti, è spesso fondamentale per le indagini e il perseguimento dei crimini legati al traffico. In molti casi, i migranti sono le uniche persone in grado di individuare il conducente dell’imbarcazione e l’insorgere di eventuali circostanze aggravanti. Se, da un lato, dunque, la testimonianza dei migranti è estremamente utile per consentire il prosieguo delle indagini, dall’altro il Gruppo di esperti sul traffico di migranti ha rilevato l’emergere, sovente, di complicazioni dovute al fatto che “smuggled migrants are often reluctant to cooperate with the criminal justice system. Many are inherently fearful of the authorities, given their irregular status with regard to entry or residence. They may fear retaliation from smugglers, directed against themselves or even against their families. They may also genuinely feel gratitude towards smugglers for the services provided, coupled with cultural or ethnic connections, or they may have entered into an agreement with smugglers allowing for renewed attempts to reach the country of destination in case of failure. Hence, it is important that State authorities provide the necessary protective measures and other incentives to migrants in order to build trust, provide reassurance and secure their collaboration”<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Sul tema dei trattamenti inumani e degradanti a danno dei migranti si ritornerà nello specifico al cap. 4 del presente lavoro, dedicato alla tutela dei diritti umani dei migranti trafficati.

<sup>172</sup> Il tema è stato affrontato al par. 1.2.1 del presente lavoro.

<sup>173</sup> Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Working Group on the Smuggling of Migrants, “Criminal justice responses, including international

Dal momento che il Protocollo non fornisce particolari indicazioni circa il rapporto che gli Stati parte devono intrattenere con i testimoni del traffico, occorre fare riferimento alla Convenzione che, all'art. 24, fa specifico riferimento alla protezione dei testimoni. Il trattamento dei testimoni, con riferimento alla modalità di conduzione degli interrogatori, è stato affrontato dal Gruppo di esperti nel corso dell'ultima riunione, il quale ha rilevato che il “debriefing should be conducted by trained personnel, including trained law enforcement officers, as soon as possible after migrants are intercepted and/or arrive in the country of transit and/or destination, after any urgent assistance has been provided. The timing of debriefings is key, since it is likely that a person's account will be inaccurate after some time has passed, or they may be reluctant to give information, which increases the possibility that important information or evidence may be lost. Furthermore, as time elapses, there may be increased opportunities for smugglers to interfere in the debriefing process (for example, by offering to continue the smuggling venture, coaching migrants in their responses or threatening them)”<sup>174</sup>.

Particolarmente controversa è poi la questione del rimpatrio dei migranti che fungono da testimoni. Come notato dal Modello dell'UNODC, infatti, l'unico modo realisticamente attuabile di ottenere risultati investigativi nell'ambito del contrasto al traffico è far sì che i migranti trafficati restino nel Paese che ha in carico l'indagine o ritornino in detto Paese nel momento adatto per partecipare al procedimento giudiziario<sup>175</sup>. A tal fine, il Modello consiglia agli Stati di concedere un visto, o un permesso di residenza temporaneo, ai migranti in modo da facilitare le indagini o i procedimenti giudiziari. Molti tra i migranti trafficati possono peraltro aver subito traumi e necessitare di periodi di recupero prima di poter dare un apporto utile alle indagini<sup>176</sup>.

I migranti trafficati che collaborano con le forze dell'ordine, poi, possono avere bisogno di protezione a fronte di possibili ritorsioni. Questo aspetto è riconosciuto dalla Convenzione, che richiede agli Stati di adottare misure appropriate per favorire

---

cooperation, in investigations and prosecutions of perpetrators of migrant smuggling operators”, CTOC/COP/WG.7/2018/2, Vienna, 4 e 5 luglio 2018, par. 32.

<sup>174</sup> *Ibidem*, par. 33.

<sup>175</sup> UNODC Model Law on Migrant Smuggling, p. 61.

<sup>176</sup> *Ibidem* p. 62. Quanto stabilito dal Modello è stato recepito anche dall'Unione europea attraverso la Direttiva 2004/81/EC del 29 aprile 2009.

l'effettiva protezione dei testimoni da possibili ritorsioni o atti intimidatori<sup>177</sup>. La Convenzione contiene una serie di misure per dare effetto a tale previsione, tra cui procedure per garantire l'incolumità fisica dei testimoni (inclusa la ricollocazione in un altro Stato) e regole che garantiscano che le testimonianze siano rese in maniera sicura e protetta<sup>178</sup>.

## **1.6 Cooperazione internazionale per il contrasto al traffico di migranti nell'ottica della lotta al crimine transnazionale organizzato**

Il tema della cooperazione internazionale nell'ambito del contrasto al traffico di migranti ritornerà a più riprese nel corso del presente lavoro, sia per quanto attiene al dovere in capo agli Stati di tutelare i diritti dei migranti trafficati anche nell'ambito di azioni congiunte, sia nello specifico delle misure messe in atto dall'Unione europea per contrastare lo *smuggling* nell'area del Mar Mediterraneo.

Dal momento che un'efficace lotta al crimine organizzato transnazionale, in generale, e al traffico di migranti, in particolare, non può prescindere dall'impegno reciproco degli Stati ad instaurare la giurisdizione sui fatti criminosi avvenuto sul proprio territorio, prima di entrare nel merito della cooperazione internazionale, un breve approfondimento meritano i criteri di giurisdizione previsti dall'art. 15 della Convenzione. Essa individua, infatti, al par. 1 taluni criteri di giurisdizione obbligatoria, secondo cui gli Stati parte adottano le misure necessarie per determinare la propria giurisdizione quando il reato è commesso sul proprio territorio o quando è commesso a bordo di una nave che batte bandiera di detto Stato parte. La Convenzione prevede inoltre criteri di giurisdizione facoltativa (art. 15, par. 2), secondo cui gli Stati possano determinare la propria giurisdizione in relazione ai reati transnazionali: se il reato è commesso ai danni di un cittadino di quello Stato parte; se il reato è commesso da un cittadino di quello Stato parte o un apolide che ha la sua residenza abituale nel suo territorio; o, infine, se si tratta di un particolare reato commesso fuori dal suo territorio al fine di commettere un grave reato sul suo territorio. Come nota parte della dottrina, tuttavia, l'adozione di criteri ulteriori rispetto al principio di territorialità reca

---

<sup>177</sup> Art. 44, par. 1 della Convenzione.

<sup>178</sup> Si noti che gli Stati parte hanno a disposizione, per ottemperare in maniera efficace alla protezione dei testimoni, anche certe linee guida dell'UNODC: *Good Practices for the Protection of Witnesses in Criminal Proceedings Involving Organized Crime*, 2008.

con sé il rischio di creare molteplici occasioni di conflitti di giurisdizione tra gli Stati e, con questi, un costante rischio di *bis in idem* per le persone accusate dell'illecito<sup>179</sup>. Appare dunque chiaro il motivo per cui, all'art. 15 par. 5, la Convenzione abbia introdotto un meccanismo di consultazione tra gli Stati, il quale prevede che “if a State Party exercising its jurisdiction under paragraph 1 or 2 of this article has been notified, or has otherwise learned, that one or more other States Parties are conducting an investigation, prosecution or judicial proceeding in respect of the same conduct, the competent authorities of those States Parties shall, as appropriate, consult one another with a view to coordinating their actions”.

La cooperazione tra Stati, come anticipato, assume un ruolo centrale sia all'interno della Convenzione, che comprende specifiche previsioni a riguardo, sia nel Protocollo contro il traffico, che la individua quale obiettivo e misura di prevenzione già a partire dal preambolo. Ulteriori riferimenti alla cooperazione all'interno del Protocollo si ritrovano poi all'art. 7, relativo al traffico di migranti via mare, di cui si parlerà nel prossimo capitolo, e in materia, come visto, di formazione e cooperazione tecnica e di altre misure di prevenzione.

Per avere un quadro completo di quanto richiesto agli Stati in materia di cooperazione, bisogna ritornare dunque alle disposizioni adottate dalla Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale, al fine di comprendere in quale misura esse si applicano al traffico di migranti.

La Convenzione delinea due tipi di misure di cooperazione, uno di cosiddetta “cooperazione formale”, che comprende l'extradizione e l'assistenza giudiziaria internazionale, e che deve essere messa in atto nel rispetto di regole e limiti ben definiti; e una cosiddetta “informale”, che sta ad indicare un tipo di cooperazione distinto, meno soggetto a vincoli e applicabile al di fuori del sistema di cooperazione giudiziaria formale.

#### *1.6.1 La cooperazione c.d. “formale”*

Iniziando col prendere in esame la prima tipologia di cooperazione, l'impegno degli Stati contraenti in occasione dell'elaborazione della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale è stato quello di disciplinare meccanismi di assistenza

---

<sup>179</sup> Cfr. F. SPIEZIA, *op. cit.*, v. sopra nota 4, p. 71.

giudiziaria che andassero oltre i contenuti della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988<sup>180</sup>. Come notano alcuni autori, le disposizioni in materia di cooperazione contenute nella Convenzione si caratterizzano per l'ampiezza dei relativi contenuti, senza precedenti sul piano internazionale, e lo stesso art. 18 potrebbe servire da base per altri trattati in materia<sup>181</sup>.

L'art. 18, peraltro, è particolarmente importante poiché contempla un'eccezione al principio secondo cui la Convenzione trova applicazione quando sussistono congiuntamente i due elementi di transnazionalità e accertata appartenenza a un'organizzazione criminale. Esso stabilisce infatti che i meccanismi di cooperazione giudiziaria possono essere attivati per un fatto delittuoso anche "where the requesting State Party *has reasonable grounds* to suspect that the offence referred to in article 3, paragraph 1 (a) or (b), is transnational in nature, including that victims, witnesses, proceeds, instrumentalities or evidence of such offences are located in the requested State Party and that the offence involves an organized criminal group" (art. 18. par. 1). La portata della deroga appare notevole, in quanto consente, nella pratica, l'attivazione dei meccanismi della cooperazione giudiziaria internazionale in tutti quei casi in cui, anche in una fase iniziale delle indagini, la situazione emergente dai primi accertamenti non consenta ancora di affermare il carattere e il ruolo del crimine organizzato, come definito dalla Convenzione, ovvero la natura transnazionale dell'offesa, ma permetta di cogliere solo l'esistenza di una realtà criminale, in cui il frazionamento delle condotte può in apparenza impedire di cogliere l'operatività di una sottostante e complessa organizzazione<sup>182</sup>.

Talune disposizioni dell'art. 18, poi, ricalcano norme contenute in altri atti normativi elaborati in seno al Consiglio d'Europa: la creazione di un'autorità centrale designata ad accelerare le richieste di assistenza giudiziaria, trasmettendole direttamente alle autorità competenti per l'esecuzione; il riferimento al principio *locus delicti regit*

---

<sup>180</sup> "United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances", Vienna, 20 dicembre 1988. La Convenzione fu adottata dalla *United Nations Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, convocata dalla risoluzione 1988/8 del 25 maggio 1988 del Consiglio Economico e Sociale, che aveva agito sulla base delle risoluzioni 39/141 del 14 dicembre 1984 e 42/111 del 7 dicembre 1987 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

<sup>181</sup> Cfr. F. SPIEZIA, *op. cit.*, v. sopra nota 4, p. 47.

<sup>182</sup> *Ibidem*.

*actum*; la possibilità di utilizzare la videoconferenza per i testimoni che si trovano in altri Stati parte; il richiamo al principio della doppia incriminazione<sup>183</sup>.

D'altra parte, la Convenzione di Palermo ha introdotto ulteriori previsioni, come quella secondo cui non può rifiutarsi l'assistenza sulla base della natura fiscale dell'offesa (art. 18, comma 22), o quella che prevede l'inapplicabilità del segreto bancario. Particolarmente rilevanti, poi, sono le disposizioni in materia di sequestro e di confisca ove sono previste la confisca per equivalente (art. 14, par. 3(a)), e la possibilità di ricorrere al c.d. *asset sharing* (art. 14, par. 3(b))<sup>184</sup>. Particolarmente innovative sono poi le norme che dispongono, sia pure su base facoltativa, in materia di investigazioni congiunte (art. 19), di tecniche investigative speciali (art. 20), protezione dei testimoni (art. 24) e assistenza e protezione delle vittime di reato (art. 25).

Per quanto attiene alla base giuridica per l'extradizione, di cui non si fa menzione in maniera specifica nel Protocollo, essa è ritrovabile nell'art. 16 della Convenzione, che stabilisce uno standard minimo applicabile sia alle condotte da essa definite sia a quelle insite nel Protocollo. In primo luogo, tutte le fattispecie criminose, incluso il traffico di migranti, definite dalla Convenzione devono ritenersi comprese tra le condotte suscettibili di dare luogo all'extradizione all'interno di qualsivoglia trattato precedentemente stipulato tra gli Stati parte, e devono essere incluse in eventuali accordi futuri<sup>185</sup>. Questa previsione è stata chiaramente introdotta con l'intento di emendare gli accordi di estradizione, bilaterali e multilaterali, precedentemente assunti, in modo che essi includano anche le fattispecie definite dalla Convenzione<sup>186</sup>. In secondo luogo, se uno Stato necessita, sulla base della propria legge nazionale, di

---

<sup>183</sup> Ai sensi dell'art. 18, comma 9, gli Stati parte possono rifiutare di fornire l'assistenza giudiziaria reciproca prevista dal suddetto articolo in base all'assenza della doppia incriminazione. Tuttavia, lo Stato parte richiesto può, se lo ritiene opportuno, fornire assistenza, nella misura che esso decide in via discrezionale, a prescindere dal fatto che la condotta costituisca reato secondo la legge dello Stato parte richiesto.

<sup>184</sup> L'art. 14, par. 3 recita quanto segue: "When acting on the request made by another State Party in accordance with articles 12 and 13 of this Convention, a State Party may give special consideration to concluding agreements or arrangements on: (a) Contributing the value of such proceeds of crime or property or funds derived from the sale of such proceeds of crime or property or a part thereof to the account designated in accordance with article 30, paragraph 2 (c), of this Convention and to intergovernmental bodies specializing in the fight against organized crime; (b) Sharing with other States Parties, on a regular or case-by-case basis, such proceeds of crime or property, or funds derived from the sale of such proceeds of crime or property, in accordance with its domestic law or administrative procedures".

<sup>185</sup> Art. 16, par. 3 della Convenzione.

<sup>186</sup> Cfr. McCLEAN, *op. cit.*, v. sopra nota 11, p. 179.

un trattato vigente per poter concedere l'extradizione, la Convenzione può fare le veci di tale trattato<sup>187</sup>. Se invece tale prerequisite non è richiesto, le condotte all'interno della Convenzione devono comunque ritenersi suscettibili di dare luogo all'extradizione<sup>188</sup>.

Ai sensi della Convenzione, poi, l'extradizione deve essere soggetta ad alcune condizioni, ad esempio in relazione ai motivi di rifiuto e ai minimi di pena, definite dalla legge nazionale dello Stato richiesto o dai trattati di estradizione applicabili<sup>189</sup>.

Per quanto riguarda le procedure di estradizione, la Convenzione incoraggia dunque gli Stati a semplificare i requisiti e a fondare giuridicamente sulla Convenzione, in assenza di uno specifico trattato, la possibilità di estradare un soggetto indagato nel contesto dei reati previsti. Gli Stati parte hanno inoltre il dovere di accelerare i procedimenti di estradizione e di semplificare i requisiti probatori in relazione alle condotte definite dalla Convenzione<sup>190</sup>. Infine, prima di rifiutare l'extradizione “the requested State Party shall, where appropriate, consult with the requesting State Party to provide it with ample opportunity to present its opinions and to provide information relevant to its allegation”<sup>191</sup>. Tale previsione riconosce che il rifiuto iniziale di uno Stato, in quanto discrezionale e non assoluto, può risolversi poi in maniera differente attraverso il dialogo tra i Paesi coinvolti; il che riflette l'ambizione a una cooperazione rafforzata insita nella Convenzione<sup>192</sup>. Nota parte della dottrina, tuttavia, che per quanto riguarda il contrasto al traffico di migranti, l'extradizione contribuisce relativamente a ridurre l'impunità degli *smugglers* che si spostano da un Paese all'altro per evadere i procedimenti penali a loro carico<sup>193</sup>.

Il secondo strumento di cooperazione “formale” è l'assistenza giudiziaria internazionale, in particolare per quanto attiene all'acquisizione di prove che necessitano di essere raccolte in un altro Stato con mezzi coercitivi. Esempi di

---

<sup>187</sup> Art. 16, par. 4 della Convenzione. Ai sensi del par. 5 dello stesso articolo, tuttavia, gli Stati parte per i quali l'esistenza di un trattato è un prerequisite per l'extradizione devono notificare alle Nazioni Unite il loro consenso a che la Convenzione sia utilizzata come trattato di riferimento per tale procedimento.

<sup>188</sup> Art. 16, par. 6 della Convenzione.

<sup>189</sup> Art. 16, par. 7 della Convenzione.

<sup>190</sup> Art. 16, par. 8 della Convenzione.

<sup>191</sup> Art. 16, par. 16 della Convenzione.

<sup>192</sup> Guida legislativa, p. 204.

<sup>193</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 532. Se tale affermazione rispecchia quanto avviene a livello internazionale, nell'ambito dell'Unione europea, grazie all'introduzione del mandato d'arresto europeo (m.a.e.), alcuni risultati iniziano ad essere raggiunti.

cooperazione giudiziaria possono includere l'acquisizione di prove o testimonianze; l'identificazione di testimoni o sospettati; la notifica di documenti giudiziari; perquisizioni e requisizioni; il sequestro conservativo di patrimoni finanziari; la fornitura di documenti originali o di copie certificate; la facilitazione della comparizione volontaria di una persona nello Stato richiesto; il trasferimento di procedimenti, indagini, prigionieri; la fornitura di registrazioni di testimonianze raccolte<sup>194</sup>.

L'importanza dell'assistenza giudiziaria per il contrasto al traffico di migranti è enfatizzata da una serie di documenti internazionali e regionali<sup>195</sup>. La Convenzione obbliga gli Stati parte a concedersi la più ampia assistenza possibile nelle indagini, azioni penali e procedimenti giudiziari in relazione al contrasto ai reati che rientrano nel suo ambito di applicazione<sup>196</sup>. Tale previsione si applica quando le condotte, di cui all'art. 18, coinvolgono un gruppo criminale organizzato e vi siano ragionevoli motivi di sospettare che le vittime, i testimoni, i proventi, gli strumenti o le prove di tali crimini siano localizzate nello Stato richiesto. A tal proposito, la Guida legislativa nota che il solo fatto che uno di questi elementi si trovi nello Stato parte richiesto fa di per sé presupporre che il crimine sia di natura transnazionale<sup>197</sup>.

La Convenzione stabilisce un sistema giuridico e procedurale di assistenza reciproca tra gli Stati parte, volto a completare, più che a sostituire, qualsivoglia accordo bilaterale o multilaterale già in vigore tra di essi<sup>198</sup>. Nel caso di accordi precedentemente stipulati tra due o più Stati parte interessati, le regole di cui all'art. 18 della Convenzione si sostituiscono, previa accettazione delle parti, a quelle del trattato<sup>199</sup>. Qualora invece non esistano accordi pregressi in tal senso, come anticipato all'inizio del capitolo, l'art. 18 agisce come un "mini-trattato", che comprende norme relative al consenso e alle modalità di assistenza, nonché validi motivi di rifiuto basati sull'assenza di doppia incriminazione<sup>200</sup>. La Convenzione stabilisce inoltre il divieto

---

<sup>194</sup> Un elenco di esempi di procedimenti che attengono alla cooperazione giudiziaria è ritrovabile all'art. 18, par. 3 della Convenzione.

<sup>195</sup> Si veda, ad esempio, UNODC, *Toolkit to Combat Smuggling of Migrants*, p. 25.

<sup>196</sup> Art. 18 della Convenzione.

<sup>197</sup> Guida legislativa, p. 221.

<sup>198</sup> Art. 18, par. 6 della Convenzione: "the provisions of this article shall not affect the obligations under any other treaty, bilateral or multilateral, that governs or will govern, in whole or in part, mutual legal assistance".

<sup>199</sup> Guida legislativa, pp. 223-224.

<sup>200</sup> Art. 18, par. 9, della Convenzione.



per uno Stato di negare l'assistenza sulla base del segreto bancario<sup>201</sup>.

Un aspetto particolarmente rilevante nell'ambito del contrasto al traffico di migranti, in quanto crimine ad alto tasso di lucro, riguarda l'individuazione e la confisca dei proventi di reato. La Convenzione definisce una serie di regole e procedure per l'identificazione, la localizzazione, il congelamento, o il sequestro dei beni utilizzati per commettere reati e dei proventi dei reati da essa coperti, compreso il traffico di migranti, a scopo di eventuale confisca<sup>202</sup>. Il termine "proventi di reato", ai sensi della Convenzione, si riferisce a "qualunque bene derivato od ottenuto, direttamente o indirettamente, attraverso la commissione di un crimine"<sup>203</sup>. Nel caso del traffico di migranti, dunque, i beni utilizzati per commettere reati e i proventi possono includere: il denaro pagato dai migranti trafficati o dalle loro famiglie (incluso quanto corrisposto per ottenere passaporti, visti o passaggi su mezzi di trasporto); i veicoli o le imbarcazioni usati per le traversate; le tangenti pagate a pubblici ufficiali; e qualunque altra risorsa connessa all'eventuale sfruttamento dei migranti<sup>204</sup>.

Gli Stati parte alla Convenzione e al Protocollo contro il traffico devono dotarsi di strumenti atti a garantire e supportare il sequestro e la confisca<sup>205</sup>, anche attraverso meccanismi introdotti dalla Convenzione, al fine di eliminare le situazioni vantaggiose di cui la criminalità gode a causa dell'esistenza di confini nazionali e diversi sistemi giudiziari. Agli Stati è richiesto di rispondere alle richieste di confisca presentate da un altro Stato parte, attenendosi a regole dettagliate definite all'art. 13 della Convenzione<sup>206</sup>.

Un'ultima attività inquadrabile nell'ambito della cooperazione formale riguarda il trasferimento di procedimenti o di persone condannate. In alcuni casi, agli Stati parte

---

<sup>201</sup> Art. 18, par. 8 della Convenzione.

<sup>202</sup> Artt. 12-14 della Convenzione.

<sup>203</sup> Art. 2(e) della Convenzione.

<sup>204</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 543

<sup>205</sup> Art. 12 della Convenzione e pp. 145-147 della Guida legislativa.

<sup>206</sup> L'art. 13, par. 1 della Convenzione stabilisce che: "1. A State Party that has received a request from another State Party having jurisdiction over an offence covered by this Convention for confiscation of proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 12, paragraph 1, of this Convention situated in its territory shall, to the greatest extent possible within its domestic legal system: (a) Submit the request to its competent authorities for the purpose of obtaining an order of confiscation and, if such an order is granted, give effect to it; or (b) Submit to its competent authorities, with a view to giving effect to it to the extent requested, an order of confiscation issued by a court in the territory of the requesting State Party in accordance with article 12, paragraph 1, of this Convention insofar as it relates to proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 12, paragraph 1, situated in the territory of the requested State Party".

alla Convenzione è richiesto di *considerare* la possibilità di trasferire i procedimenti relativi al perseguimento dei reati compresi nella stessa da un paese all'altro, nel caso in cui tale trasferimento sia di interesse per la corretta amministrazione della giustizia, in particolare nei casi in cui siano coinvolte diverse giurisdizioni<sup>207</sup>. La Convenzione insiste inoltre sul fatto che, qualora due Stati siano coinvolti in indagini o procedimenti giudiziari con riguardo allo stesso reato, essi dovrebbero consultarsi nell'ottica di coordinare le loro azioni<sup>208</sup>.

Come evidenziato dall'UNODC, nel caso del traffico di migranti, possono sorgere situazioni in pratica per cui si rende necessario il trasferimento della persona condannata. Per esempio, potrebbe essere impossibile per una persona scontare la pena nel Paese di esecuzione a causa di condizioni di vulnerabilità come l'età, l'isolamento dalla famiglia, o l'incapacità di comunicare nella lingua di detto Paese<sup>209</sup>. A tal proposito, la Convenzione incoraggia gli Stati parte a stipulare accordi, bilaterali o regionali, che favoriscano il trasferimento di persone condannate per crimini da essa definiti<sup>210</sup>.

Si noti inoltre che, in relazione al trasferimento delle persone, la Convenzione si preoccupa di tutelare anche i diritti umani dei condannati, affermando che gli Stati devono fare in modo di promuovere la reintegrazione delle persone condannate all'interno della società<sup>211</sup>. L'UNODC, poi, fa un passo oltre nell'affermare che il regime di trasferimento richiede in genere un sistema nazionale dettagliato che “assigns authority, ensures clarity in relation to the principles behind the transfers and gives legality to the transfer process”<sup>212</sup>.

Al fine di intensificare la cooperazione interstatale, la Conferenza delle Parti alla Convenzione, come anticipato, ha istituito il Gruppo di lavoro sulla cooperazione internazionale che ha assunto un ruolo permanente all'interno della Conferenza. Tale gruppo, riunitosi il 27 e 28 ottobre 2015 a Vienna, ha stilato una serie di raccomandazioni volte ad incrementare la cooperazione tra gli Stati parte. Tra di esse è utile menzionare lo sviluppo di materiale formativo per la raccolta e lo scambio di prove elettroniche; la raccolta di informazioni rilevanti all'interno del portale *Sharing*

---

<sup>207</sup> Art. 21 della Convenzione.

<sup>208</sup> Art. 15, par. 5 della Convenzione.

<sup>209</sup> UNODC, *Model Legislative Provisions against Organized Crime*, p. 119.

<sup>210</sup> Art. 17 della Convenzione.

<sup>211</sup> Art. 31, par. 3 della Convenzione.

<sup>212</sup> UNODC, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, p. 58.

*Electronic Resources and Laws on Crime* (SHELOC); e l'incoraggiamento di consultazioni informali tra le procure prima di ricorrere alla richiesta formale di estradizione o assistenza giudiziaria<sup>213</sup>.

#### *1.6.2 La cooperazione c.d. "informale"*

Passando ora alla cosiddetta cooperazione "informale", cui si accennava all'inizio del presente paragrafo, essa consente alle forze dell'ordine di condividere direttamente informazioni e risultati con la controparte estera senza che sia necessaria una richiesta formale di mutua assistenza. Tale strumento di cooperazione può essere utilizzato prima che un'indagine diventi ufficiale e prima dell'inizio di un procedimento dinanzi a una Corte, per esempio per operazioni di sorveglianza o per ricevere testimonianze spontanee. Nelle circostanze in cui non sono richieste misure coercitive, infatti, risulta molto più semplice, veloce ed efficace ottenere informazioni o risultati di *intelligence* in maniera informale, anziché attraverso i canali della mutua assistenza formale. Bisogna comunque considerare che, talvolta, l'efficacia di tali strumenti viene vanificata per il fatto che i risultati ottenuti attraverso di essi non valgono come prova in sede di giudizio<sup>214</sup>.

Sia la Convenzione sia il Protocollo riconoscono l'importanza della cooperazione informale, in particolare nell'ambito di operazioni congiunte tra forze di polizia. La Convenzione elenca una serie di obiettivi da ottenere tramite questo canale, tra cui l'identificazione preventiva delle condotte criminali e lo scambio di informazioni e *intelligence*<sup>215</sup>. Essa incoraggia gli Stati parte a stipulare accordi bilaterali o multilaterali nell'ottica di favorire la cooperazione tra forze dell'ordine<sup>216</sup>. Anche il Protocollo contro lo *smuggling* enfatizza la cooperazione attraverso lo scambio di informazioni per scopi specifici, quali l'identificazione delle vittime o dei colpevoli e il controllo dei documenti<sup>217</sup>.

Per quanto attiene allo scambio di informazioni, della cui importanza si è già fatta

---

<sup>213</sup> Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, (CTOC/COP/WG.3/2015/4), *Report on the meeting of the Working Group on International Cooperation*, Vienna, 27-28 ottobre 2015.

<sup>214</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 544.

<sup>215</sup> Art. 27, par. 1 della Convenzione.

<sup>216</sup> Art. 27, par. 2 della Convenzione.

<sup>217</sup> Art. 10, par. 1 del Protocollo.

menzione in precedenza in relazione agli strumenti di prevenzione, l'art. 18, par. 4 della Convenzione stabilisce che “without prejudice to domestic law, the competent authorities of a State Party may, without prior request, transmit information relating to criminal matters to a competent authority in another State Party where they believe that such information could assist the authority in undertaking or successfully concluding inquiries and criminal proceedings or could result in a request formulated by the latter State Party pursuant to this Convention”. L'art. 10 del Protocollo contro il traffico di migranti, poi, prevede espressamente che gli Stati parte di detto Protocollo, e in particolare quelli con confini comuni o situati in corrispondenza di itinerari lungo i quali avviene il traffico di migranti, si scambino informazioni su una serie di “punti chiave”, quali, ad esempio, i punti di imbarco e di destinazione, nonché itinerari, trasportatori e mezzi di trasporto utilizzati da gruppi criminali organizzati dediti al traffico di esseri umani; l'autenticità e le esatte caratteristiche dei documenti di viaggio rilasciati da uno Stato parte; i mezzi e i metodi di occultamento e di trasporto delle persone.

L'art. 20 della Convenzione prevede, poi, una serie di tecniche speciali di investigazione, tra cui rientrano le consegne controllate, la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni sotto copertura. Esso incoraggia, inoltre, gli Stati parte a stringere, laddove necessario, gli opportuni accordi o intese bilaterali o multilaterali per l'impiego di dette tecniche speciali di investigazione nel contesto della cooperazione internazionale (art. 20, par. 2). Il concetto di indagini congiunte non è chiarito all'interno della Convenzione, ma il gruppo di esperti dell'UNODC ne ha identificati due modelli principali che potrebbero soddisfare i requisiti della Convenzione<sup>218</sup>. Secondo la prima tipologia, le forze dell'ordine intraprendono indagini parallele e coordinate con un obiettivo comune. In questo caso, gli investigatori non operano nello stesso luogo, ma intraprendono indagini coordinate nei rispettivi territori, possibilmente aiutati da un funzionario di coordinamento. Nel caso in cui sia necessario trasferire delle prove, esse si ottengono tramite una richiesta di mutua assistenza.

Il secondo modello, che va sotto il nome di squadre investigative congiunte “integrate”, coinvolge funzionari di almeno due o più Stati che generalmente operano nello stesso luogo. Tale tipologia comprende, talvolta, una forma di cooperazione

---

<sup>218</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

“passiva” nella quale, per esempio, il funzionario di uno Stato è integrato nella squadra di uno Stato ospitante, ma esercita solo un ruolo di consulente. In altri casi, invece, il funzionario straniero può svolgere un ruolo più attivo, sebbene gli siano concessi solo poteri operativi parziali all’interno dello Stato ospitante.



## CAPITOLO II

### **IL CONTRASTO AL TRAFFICO DI MIGRANTI VIA MARE ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEL MARE**

Il traffico di migranti via mare, come emerso al capitolo primo del presente lavoro, ha rappresentato la forma di *smuggling* che maggiormente ha influito sulla percezione degli Stati circa la necessità di adottare uno strumento utile al contrasto di tale fattispecie criminosa, che appunto si è concretizzata nell'adozione del Protocollo per il contrasto al traffico di migranti via terra, via mare e via aria.

Sebbene i dati emessi dalle organizzazioni internazionali rivelino che il numero di migranti trafficati via terra o via aria sia di gran lunga superiore rispetto a quello di coloro che sono oggetto di *smuggling* via mare<sup>219</sup>, l'impatto che il traffico via mare assume in termini di visibilità e di rischi per i migranti ha fatto sì che il Protocollo vi dedicasse un'apposita parte.

Il trasporto marittimo, che molto spesso caratterizza solo una parte del viaggio all'interno di ben più complesse rotte di traffico, avviene in gran parte dei casi su imbarcazioni sovraffollate e mal equipaggiate e, sebbene le informazioni circa gli incidenti in mare siano perlopiù incomplete, i rapporti emessi da organizzazioni internazionali e non governative rivelano costantemente l'elevato rischio di vita – per affogamento, soffocamento, disidratazione, inedia o violenze subite – a cui sono sottoposti i migranti trafficati<sup>220</sup>.

Ancora una volta, dunque, le risposte che gli Stati adottano per contrastare il traffico di migranti via mare, come per la lotta allo *smuggling* in generale, devono tener conto

---

<sup>219</sup> La stima fa riferimento agli spostamenti transfrontalieri di migranti irregolari a livello mondiale (si veda IOM, *Global Migration Trends Factsheet 2015*, 2015, reperibile su [www.iom.org](http://www.iom.org)). Tuttavia, bisogna considerare che in Europa, stando ai più recenti dati emessi dall'OIM, si sta registrando una tendenza completamente opposta. Gli arrivi via mare verso l'Europa, dal 1 gennaio al 15 novembre 2017, si attestano sulle 158.935 unità, contro le 10.516 via terra ([www.iom.org](http://www.iom.org)).

<sup>220</sup> Si vedano, tra gli altri, AMNESTY INTERNATIONAL, *Una tempesta perfetta. Il fallimento delle politiche europee nel Mediterraneo centrale*, Londra, 2017. Reperibile in: [www.amnesty.it](http://www.amnesty.it); IOM, UNICEF, *Harrowing Journeys. Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking and exploitation*, New York, settembre 2017. Reperibile in [www.osservatoriodiritti.it](http://www.osservatoriodiritti.it). Per un approccio sociologico al tema si vedano anche L. MANNIK, *Migration by boat: discourses of trauma, exclusion and survival*, New York, 2016; C. GIUDICI, *Mare Monstrum: migranti, scafisti e trafficanti. Cronache della lotta all'immigrazione clandestina*, Milano, 2015.

di molteplici norme giuridiche che vanno dal diritto del mare ai diritti umani, senza tralasciare il diritto dei rifugiati.

Nel presente capitolo ci si concentrerà sulle norme giuridiche di diritto del mare che maggiormente rilevano per il contrasto al traffico di migranti nel bacino del Mediterraneo. In particolare, si approfondiranno quattro aspetti principali che influenzano il comportamento degli Stati coinvolti nella lotta a tale crimine.

Uno degli aspetti maggiormente problematici riguarda senz'altro la ripartizione della giurisdizione tra gli Stati, in particolare per quanto attiene alle acque internazionali. Stabilire, infatti, quale Stato sia dotato del potere di intervenire per contrastare un determinato fenomeno di *smuggling*, e stabilire i limiti di detto potere, non è sempre semplice. Ancora più complicato, poi, appare definire in modo netto a chi spetti il dovere di farsi carico dei migranti trafficati tratti in salvo.

Strettamente connessa al principio di divisione della giurisdizione tra Stati è, poi, la facoltà che essi hanno di intercettare le imbarcazioni coinvolte nel traffico di migranti al fine di impedirne l'ingresso nel loro territorio. Le norme rilevanti in questi casi dipendono da una serie di fattori, che spesso variano in base alla situazione particolare in cui avviene il contrasto al traffico: il luogo in cui avviene l'intercettazione; lo status dell'imbarcazione intercettata; lo status dell'autorità incaricata; nonché l'esito dell'operazione stessa<sup>221</sup>. Peraltro, le azioni degli Stati volte a impedire l'ingresso dei trafficanti nelle proprie acque territoriali si sono ampliate nel corso degli ultimi anni, fino a ricomprendere, tra le altre, il traino delle imbarcazioni da una zona di mare a un'altra (per esempio dalle acque territoriali all'alto mare) o il ricondurre la nave fermata al porto di partenza. Appare dunque necessario chiedersi se e quando tali azioni costituiscano una forma legittima di applicazione del diritto<sup>222</sup>.

Un ulteriore profilo rilevante per le operazioni di contrasto allo *smuggling* via mare è il dovere che gli Stati, o i comandanti di navi battenti la loro bandiera, hanno di prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare, inclusi, ovviamente, i migranti trafficati e i trafficanti stessi. Il punto solleva criticità sotto due aspetti in particolare. Il primo, non scontato, riguarda la necessità di individuare quale Stato, in base alla Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo (*Search and*

---

<sup>221</sup> Cfr. D. GUILFOYLE, *Shipping interdiction and the Law of the Sea*, Londra, 2009, p. 4.

<sup>222</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 406.



*Rescue (SAR)*)<sup>223</sup>, abbia il dovere di intervenire per soccorrere un'imbarcazione in difficoltà. Il secondo si ricollega, invece, alla facoltà che gli Stati hanno di intercettare una nave trasportante migranti irregolari per impedirne l'ingresso nel proprio territorio. Sebbene vi sia una chiara distinzione tra intercettazione e soccorso, in tempi recenti, come nota parte della dottrina, gli Stati hanno invocato la necessità di salvare le vite dei migranti in mare per autorizzare operazioni atte a bloccare o dirottare le navi implicate nel traffico di migranti<sup>224</sup>.

Un ultimo, ma non meno importante, aspetto riguarda i doveri del comandante e dello Stato costiero in merito allo sbarco delle persone intercettate o soccorse in mare. Si tenterà nel presente capitolo di dirimere alcune questioni rilevanti, tra cui: se, e in che termini, lo Stato costiero abbia facoltà di impedire lo sbarco; quali conseguenze sorgerebbero se nessuno Stato ammettesse nel proprio territorio i migranti soccorsi; e se lo Stato che ha effettuato il soccorso sia obbligato o meno a condurre i migranti soccorsi nel proprio territorio.

## **2.1 La giurisdizione degli Stati ai sensi del diritto internazionale del mare**

Il contrasto al traffico di migranti via mare chiama in causa, come visto, molteplici norme di diritto internazionale del mare che vale la pena ricordare, in quanto utili a delineare un quadro complessivo del fenomeno.

La ripartizione della giurisdizione tra gli Stati sulla superficie marittima, un'area di delimitazione di gran lunga più complessa rispetto a quella terrestre, trae origine da norme di diritto consuetudinario codificate nelle quattro Convenzioni di Ginevra, del 1958<sup>225</sup>, prima, e nella Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del mare

---

<sup>223</sup> *International Convention on Maritime Search and Rescue*, 27 aprile 1979, entrata in vigore il 22 giugno 1985 (Convenzione SAR). La Convenzione SAR è stata emendata nel 1998 da: IMO Res. MSC 70(69), "Amendments to the International Convention on Maritime Search and Rescue, 1979"; e ancora nel 2004 con IMO Resolution MSC 155(78), "Adoption of Amendments to the International Convention on Maritime Search and Rescue, 1979, as amended".

<sup>224</sup> Cfr. M. GIUFFRÉ, *State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-Backs to Libya?*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, n. 4, 2013, pp. 692-734.

<sup>225</sup> *Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone* (Territorial Sea Convention), 516 UNTS 205, 29 aprile 1958; *Convention on the Continental Shelf*, (High Seas Convention) 499 UNTS 311, 29 aprile 1958; *Convention on the High Seas*, 450 UNTS 11, 29 aprile 1958; *Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas*, 559 UNTS 285, 29 aprile 1958.

(UNCLOS), del 1982<sup>226</sup>, poi. Sulla base di quest'ultima Convenzione, gli spazi marittimi sono stati suddivisi in zone sulle quali gli Stati possono esercitare i propri poteri sovrani in maniera differente, anche in relazione a determinate materie quali navigazione, pesca, difesa militare, protezione doganale, ma pure ricerca scientifica e sfruttamento minerario<sup>227</sup>.

Per quanto attiene al presente lavoro, è utile fornire un quadro di dette zone, per poi soffermarsi sui casi in cui la definizione della giurisdizione statale assume caratteristiche più complesse. In particolare, è bene tenere presente che, se la giurisdizione dello Stato sul territorio, incluse le acque interne, è generale e completa, al contrario, il diritto di esercitare la giurisdizione in mare, attribuito dal diritto internazionale, non sempre contiene tutte e tre le componenti, ossia la giurisdizione normativa, attuativa e giudiziaria<sup>228</sup>.

### 2.1.1 L'esercizio della sovranità statale sul mare territoriale

L'unica zona di mare in cui lo Stato esercita appieno la propria sovranità, nelle condizioni previste dal diritto internazionale<sup>229</sup>, è il *mare territoriale*, ossia una zona di mare adiacente al territorio dello Stato la cui estensione, fissata dallo Stato costiero stesso, non può eccedere le 12 miglia nautiche (m.n.)<sup>230</sup>. Il mare territoriale è misurato a partire dalla linea di base (c.d. limite interno), che normalmente è la linea di bassa marea (art. 5 UNCLOS), salvo che la costa non sia profondamente indentata e

---

<sup>226</sup> *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS), 1833 UNTS 3; 21 ILM 1261 (1982), 10 dicembre 1982. Tale Convenzione, nota anche come Convenzione di Montego Bay, dal luogo in cui è stata conclusa, costituisce uno strumento che da un lato riflette il diritto del mare consuetudinario e dall'altro contribuisce al suo sviluppo progressivo, influenzando per vari aspetti la successiva pratica degli Stati.

<sup>227</sup> Per un maggiore approfondimento circa il processo di Codificazione dell'UNCLOS, si rimanda a T. SCOVAZZI, *Elementi di Diritto internazionale del mare*, Milano, 1994, pp. 1-28.

<sup>228</sup> Ai sensi della Risoluzione del Consiglio d'Europa (68)17 del 28 giugno 1968, la giurisdizione si può scindere in tre aspetti: la *giurisdizione normativa* (termine anglosassone *legislative jurisdiction*) rappresenta il potere dello Stato di regolare, tramite atti normativi, condotte; la *giurisdizione attuativa* (*enforcement jurisdiction*) è il potere dello Stato di attuare coercitivamente le proprie norme giuridiche. In mare, essa può assumere varie forme, da quelle meno invasive (osservazione, richiesta di informazioni sulla nazionalità di un'imbarcazione, controllo dei documenti) a quelle che comportano interventi di polizia, quali la visita di un'imbarcazione, la sua ispezione, l'arresto e la detenzione di persone e beni. Infine, la giurisdizione giudiziaria (*adjudicative jurisdiction*) si esprime nel potere delle corti di uno Stato di applicare le norme e imporre le sanzioni in esse previste.

<sup>229</sup> Si veda, tra gli altri, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., Milano, 2015, p. 195 e ss.

<sup>230</sup> Art. 3 UNCLOS.

frastagliata o non vi sia una frangia di isole lungo la costa nella sua immediata prossimità. In tal caso può essere impiegato il metodo delle linee di base rette che congiungono i punti “appropriati”, ossia i punti più sporgenti dei promontori e delle isole litoranee<sup>231</sup>. In presenza di una baia, invece, può essere tracciata una linea di base retta congiungente i punti d’entrata naturali, purché siano rispettati i seguenti criteri geometrici: la baia non deve essere una semplice curvatura della costa ma un’incavatura ben marcata: un’insenatura non è considerata una baia a meno che la sua superficie non sia almeno uguale a quella di un semicerchio che abbia come diametro la linea tracciata attraverso l’entrata dell’insenatura. Inoltre, la linea di chiusura della baia non può eccedere le 24 miglia (art. 10 UNCLOS)<sup>232</sup>.

Per quanto attiene ai c.d. “Stati arcipelago”, ossia gli Stati costituiti interamente da uno o più arcipelaghi ed eventualmente da altre isole (art. 46), essi possono istituire delle “linee di base arcipelagiche” rette, congiungenti i punti estremi delle isole più lontane e degli scogli emergenti, a condizione che il tracciato di tali linee racchiuda le isole principali e delimiti una zona in cui il rapporto tra la superficie delle acque e quella delle terre, atolli inclusi, sia compreso fra 1 a 1 e 9 a 1 (art. 47).

Nel caso in cui le coste di due Stati siano adiacenti o si fronteggino, poi, nessuno di essi può, salvo accordo contrario, estendere il suo mare territoriale al di là della linea mediana, i cui punti siano equidistanti dai punti più prossimi delle rispettive linee di base (art. 15).

Le navi straniere all’interno delle acque territoriali di uno Stato, ai sensi dell’art. 17 UNCLOS, possono esercitare il diritto di passaggio inoffensivo. Tale passaggio, che deve essere “rapido e continuo” (art. 18, par. 2 UNCLOS) e, perché sia inoffensivo, non deve arrecare “pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero” (art. 19, par.1), rappresenta un efficace mezzo per ridurre i poteri dello Stato costiero e proteggere, al contempo, i diritti dei terzi Stati che utilizzano il mare come

---

<sup>231</sup> Come nota T. SCOVAZZI (*op. cit.*, v. sopra nota 224, p. 30), nel metodo delle linee di base rette manca l’indicazione di precisi limiti spaziali (limiti massimi di lunghezza dei singoli segmenti o di distanza delle linee dalla costa). È invece previsto che il tracciato delle linee di base rette non possa scostarsi sensibilmente dalla direzione generale della costa e che gli spazi marini situati al di qua delle linee devono essere sufficientemente legati al dominio terrestre per essere sottoposti al regime delle acque interne (art. 7 UNCLOS).

<sup>232</sup> I criteri di cui sopra non valgono, però, per le c.d. baie storiche, sulle quali l’UNCLOS non fornisce alcuna ulteriore precisazione. Per approfondimenti sul punto si veda T. SCOVAZZI, *op. cit.*, v. sopra nota 224, p. 31.

via di comunicazione internazionale<sup>233</sup>. Lo Stato costiero non deve ostacolare il transito pacifico della nave straniera (art. 24), né esercitare alcun tipo di discriminazione nei confronti di alcuna di esse (art. 24, par 1b), ma può regolamentare il passaggio inoffensivo nelle proprie acque nei campi elencati all'art. 21, tra i quali emerge, alla lett. (h), la “prevenzione di violazioni delle leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di *immigrazione* dello Stato costiero” (corsivo aggiunto). La premessa di suddetta disposizione è ricavabile all'art. 19 lett. (g) che qualifica tra le fattispecie di passaggio non inoffensivo “the *loading or unloading of any commodity, currency or person contrary to the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State*” (corsivo aggiunto). Emerge dunque che il transito delle navi trasportanti migranti irregolari, se, e solo se, finalizzato allo scarico di persone in violazione delle leggi di immigrazione dello Stato costiero, si qualifica come passaggio non inoffensivo, e dunque vietato, tale da legittimare lo Stato costiero a regolamentarlo ai sensi dell'art. 21, lett. (h)<sup>234</sup>.

Alla luce di quanto detto, viene in rilievo l'art. 25, par. 3 UNCLOS, il quale autorizza lo Stato costiero a sospendere temporaneamente il diritto di passaggio inoffensivo in zone specifiche del suo mare territoriale, senza stabilire discriminazioni di diritto o di fatto sulle navi straniere, quando tale sospensione risulta indispensabile per la protezione della propria sicurezza (art. 25, par. 3), ed è utile riflettere se le violazioni di cui all'art. 19 lett. (g) possano legittimare lo Stato costiero a sospendere l'istituto ex art. 25, par. 3, UNCLOS<sup>235</sup>.

#### 2.1.1.1 Il diritto di passaggio inoffensivo: il caso della nave *Tampa*

Un esempio utile in tal senso è il caso della nave mercantile norvegese *Tampa*<sup>236</sup> che,

<sup>233</sup> Cfr. N. RONZITTI, *Il passaggio inoffensivo nel mare territoriale e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, Milano, 1985.

<sup>234</sup> Si veda, sul punto, I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione*, in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016, pp. 1-21.

<sup>235</sup> Cfr. G. CATALDI, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990, p. 127; T. TREVES, *Il diritto del mare e l'Italia*, Milano, 1995, pp. 42-48. Per un'analisi approfondita del diritto del passaggio inoffensivo ai sensi del diritto internazionale e nella prassi degli Stati, si rimanda a G. BERTINI, *Diritto del mare e poteri di polizia*, Napoli, 2000, pp. 41-49.

<sup>236</sup> Si noti che il caso della nave *Tampa*, qui analizzato sotto il profilo del diritto di passaggio inoffensivo, rileva sotto molteplici aspetti di diritto internazionale e, in particolare, di tutela dei diritti umani dei migranti trasportati, temi sui quali ci so concentrerà nel prosieguo del presente lavoro.

il 26 agosto 2001, portò soccorso a un peschereccio indonesiano in avaria trasportante 433 persone in acque internazionali al largo dell'isola australiana di Christmas, su segnalazione delle autorità australiane<sup>237</sup>. Il mercantile, adibito ad un trasporto di cinquanta persone, caricò i passeggeri del peschereccio e, trovandosi in una situazione di pericolo a sua volta, si vide costretto a invertire la rotta, inizialmente puntante verso l'Indonesia, e giunse a 13,5 miglia dall'isola di Christmas. Le autorità australiane negarono però l'autorizzazione all'ingresso dell'imbarcazione nel proprio mare territoriale. Secondo il governo di Canberra, infatti, i naufraghi erano di competenza della Norvegia, Stato di bandiera della nave, e dell'Indonesia, Stato di partenza dell'imbarcazione soccorsa. Il comandante della Tampa però, dato l'aggravarsi delle condizioni di salute dei passeggeri, tra cui vi erano feriti e donne gravide, decise di contravvenire agli ordini imposti dalle autorità australiane ed entrò nelle acque territoriali per cercare assistenza sanitaria, fermandosi a quattro miglia dalle coste dell'isola. Una volta che i corpi speciali dell'esercito australiano riuscirono a far rientrare l'emergenza sanitaria, impedendo al contempo lo sbarco dei naufraghi sull'isola, al comandante fu intimato di riprendere la rotta, ma le condizioni del sovraffollato mercantile non lo consentivano. Una svolta alla vicenda si ebbe il primo settembre dello stesso anno, quando il governo australiano dichiarava di aver raggiunto un accordo con Nauru e la Nuova Zelanda, in base al quale questi due Stati accettavano di accogliere i profughi sul loro territorio, dove sarebbero state avviate le pratiche per esaminare le richieste d'asilo. A tal fine, i profughi sarebbero stati trasferiti sulla nave militare *Manoora* e condotti a Nauru e in Nuova Zelanda<sup>238</sup>.

Alla luce della Convenzione, la Norvegia invocava una violazione del diritto di passaggio inoffensivo, garantito dall'art. 17 UNCLOS, in quanto l'Australia non aveva adempiuto all'obbligo di non ostacolare il passaggio inoffensivo delle navi straniere.

---

<sup>237</sup> Sul tema, cfr. S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 47 e ss.

<sup>238</sup> Howard, *MV Tampa – Unauthorised Arrivals*, *Media Releases*, 1 settembre 2001, in [www.pm.gov.au](http://www.pm.gov.au). Nonostante l'accordo raggiunto, tuttavia, il procedimento davanti alla Corte federale seguiva il suo corso. Con sentenza dell'11 settembre, mentre la nave *Manoora* proseguiva la navigazione verso Nauru, il giudice North, sulla base del principio dell'*habeas corpus*, accoglieva la richiesta dei ricorrenti, ordinando il rilascio dei profughi e il loro sbarco sul territorio australiano. Il viaggio della nave *Manoora* venne dunque interrotto, ma il governo australiano ricorreva in appello davanti alla Corte federale in composizione plenaria. Con sentenza del 18 settembre (*Ruddock v. Valdarlis* (2001) FCA 1329 18 September 2001, la Corte annullava la sentenza di primo grado, dichiarando che il governo australiano, nell'impedire lo sbarco dei profughi, aveva agito legittimamente e l'occupazione militare della *Tampa* non poteva essere configurata come detenzione.

Come detto, infatti, l'art. 24 UNCLOS prevede l'obbligo per lo Stato costiero di non ostacolare il passaggio inoffensivo delle navi straniere attraverso il mare territoriale; a loro volta, le navi non possono interrompere la navigazione, ma effettuare un passaggio ininterrotto e rapido (art. 18, par.2). Tuttavia, l'obbligo di non sospendere la navigazione non è assoluto: il secondo paragrafo dell'art. 18 consente la sosta e l'ancoraggio nel mare territoriale senza autorizzazione qualora siano accidentali o "necessary by force majeure or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress". Da una prima riconduzione a tale norma dei fatti in esame, dunque, sembrerebbe lecita la condotta della nave norvegese che si era arrestata in acque territoriali australiane per prestare soccorso a persone in difficoltà. Un'interpretazione condivisa da vari autori, tuttavia, porterebbe a ritenere che una nave che presta soccorso ad un'altra nave nel mare territoriale di uno Stato non avrebbe l'obbligo di chiedere l'autorizzazione ad arrestarsi solo qualora anche la nave in pericolo si trovi nel mare territoriale. Pertanto, la norma di cui all'art. 18, par. 2 non si applicherebbe al caso *Tampa*, poiché il soccorso era avvenuto al di fuori delle acque territoriali australiane, che erano state raggiunte solo successivamente<sup>239</sup>.

Una seconda questione, poi, riguarda la natura, offensiva o inoffensiva, del passaggio della nave norvegese in acque territoriali australiane. L'Australia ricordava infatti che, conformemente all'art. 25, par.1 della Convenzione, "lo Stato costiero può adottare le misure necessarie ad impedire nel suo mare territoriale ogni passaggio che non sia inoffensivo". In base all'art. 19, par. 1 UNCLOS, è offensivo il passaggio che arreca pregiudizio alla pace, sicurezza e buon ordine, concetti che possono lasciare dubbi di interpretazione ma cui è da ricondurre, in base all'art. 19 par. 2, la violazione della normativa nazionale in materia di immigrazione. L'esplicito riferimento dell'art. 19, per. 2 alla violazione della normativa in materia di immigrazione ha circoscritto ma

---

<sup>239</sup> Sul punto si veda G. CATALDI, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990, p. 91; M. N. FARNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto d'asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La Comunità Internazionale*, 2002. Come nota Farnari, la prassi dimostrerebbe la validità di questa seconda interpretazione: esempi in tal senso sono il caso del rimorchiatore sovietico *Rambinas*, in merito al quale la corte penale islandese di Seydisfjord, con sentenza del 24 ottobre 1964, affermava che il rimorchio di un peschereccio in avaria nelle acque territoriali per ivi procedere alla riparazione non era conforme al diritto internazionale. A questo caso fa seguito la sentenza della Corte Suprema dei Paesi Bassi che ha escluso che si possa riconoscere il diritto di passaggio inoffensivo senza il consenso dello Stato costiero ad una nave che ha prestato soccorso in alto mare ad una nave in avaria (nel caso specifico una nave greca in fiamme), rimorchiata successivamente nel mare territoriale olandese (*The State of Netherlands v. Bergins*, sentenza del 7 febbraio 1986).

non eliminato del tutto una certa misura di discrezionalità in capo allo Stato costiero nel valutare se un passaggio sia inoffensivo o meno. In questa circostanza, infatti, appare evidente che l'illiceità del fatto dipende esclusivamente dal diritto interno dello Stato costiero, in ragione del quale quest'ultimo, qualora lo ritenesse violato dal passaggio della nave straniera nelle proprie acque territoriali, in base all'art. 25 UNCLOS avrebbe il diritto di intraprendere le misure necessarie ad impedirlo<sup>240</sup>.

Inoltre, secondo quanto definito dall'art. 27, par. 1, lo Stato costiero, che in genere non dovrebbe esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti delle navi straniere che attraversano le sue acque territoriali riguardo a reati avvenuti a bordo, può intervenire se le conseguenze del reato si estendono al suo territorio e se il reato è di natura tale da disturbare la pace o il buon ordine del mare territoriale. Si consideri in aggiunta che, oltre a negare l'ingresso nel mare territoriale, lo Stato costiero può rifiutare l'ingresso nei propri porti conformemente all'art. 25 UNCLOS, in base alla propria normativa nazionale in materia di immigrazione. Lo Stato gode infatti nel porto, che si trova nelle sue acque interne, di una sovranità piena il cui esercizio non può subire limitazioni, se non espressamente autorizzate dallo Stato stesso.

Secondo quanto finora espresso, dunque, la decisione del governo australiano risulta conforme al diritto internazionale del mare, ma problematico sotto altri profili. Unica deroga a questa assoluta sovranità dello Stato costiero, a parte i possibili accordi bilaterali di amicizia che dispongono una libertà di accesso ai porti sulla base della reciprocità tra due Paesi, ma che comunque non consentono lo sbarco di migranti irregolari – e ad esclusione delle norme di tutela dei diritti umani, su cui si ritornerà in seguito – si ha qualora tra i migranti irregolari si contassero richiedenti asilo, in quanto il rifiuto di accesso al porto andrebbe a violare il principio di non respingimento, di cui si tratterà successivamente<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> Cfr. M. N. FORNARI, *op. cit.*, nota 239, p. 67.

<sup>241</sup> Alla disamina dei diritti umani dei migranti, passibili di essere violati nel corso di operazioni di contrasto allo *smuggling* verrà dedicato il capitolo terzo. Il caso della nave *Tampa* sarà invece ripreso nei successivi paragrafi del presente capitolo sotto il profilo del dovere in capo agli Stati di prestare soccorso in mare e di identificare un porto sicuro in cui consentire lo sbarco delle persone soccorse.

### 2.1.2 Le zone marittime su cui lo Stato esercita poteri sovrani

Oltre al mare territoriale, lo Stato costiero può esercitare poteri sovrani, seppure non una piena sovranità, su altre zone c.d. *sui generis*, adiacenti al mare territoriale. La prima di esse è la *zona contigua*, sulla quale occorre soffermarsi in ragione delle controversie che la sua definizione ha sollevato sia in dottrina sia, come verrà in luce a breve, al livello della prassi degli Stati.

L'art. 33 UNCLOS prevede per gli Stati costieri la possibilità di istituire una zona contigua che può estendersi fino a 24 m.n. dalle linee di base (vale a dire 12 m.n. che si aggiungono alle 12 m.n. del mare territoriale), entro la quale lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario per prevenire e reprimere le infrazioni alle sue leggi doganali, fiscali, sanitarie e d'immigrazione commesse nel suo territorio o nel suo mare territoriale<sup>242</sup>. Con riferimento all'esercizio della giurisdizione dello Stato costiero sulla zona contigua, il disposto letterale dell'art. 33, par. 1 UNCLOS stabilisce che i poteri di detto Stato sono classificabili, dunque, in due diverse categorie: da un lato, quelli finalizzati a prevenire le violazioni delle proprie leggi e dei propri regolamenti entro il territorio o le acque territoriali, che hanno carattere più ampio e si concretano, sostanzialmente, in poteri ispettivi o finalizzati all'ottenimento di documenti o informazioni rilevanti; dall'altro, i poteri di repressione delle medesime violazioni, che possono essere esercitati solamente una volta che la violazione sia stata effettivamente compiuta, e che consentono allo Stato di procedere al fermo dell'imbarcazione nella zona contigua e di condurre gli autori della violazione dinnanzi alle competenti autorità nazionali<sup>243</sup>.

Parte della dottrina tende a ritenere che tale disposizione non troverebbe spazio nel diritto internazionale consuetudinario che prevedrebbe, al contrario, una disciplina maggiormente elastica. L'opinione più volte ribadita da Benedetto Conforti è che, limitatamente alla vigilanza doganale, il diritto generale conferisce allo Stato un potere

---

<sup>242</sup> Art. 33 UNCLOS: "1. In a zone contiguous to its territorial sea, described as the contiguous zone, the coastal State may exercise the control necessary to: (a) prevent infringement of its customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea; (b) punish infringement of the above laws and regulations committed within its territory or territorial sea. 2. The contiguous zone may not extend beyond 24 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured".

<sup>243</sup> Cfr. F. MUSSI, *Il dilemma dell'esistenza e dei poteri esercitabili nella zona contigua italiana*, in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016, pp. 23-43.



limitato a livello funzionale, e non spaziale. Fondamentale sarebbe, dunque, il “nesso di adiacenza” costituito dal contatto che si instaura tra la nave e la costa e che può configurarsi nel trasbordo di merci di contrabbando dalla nave su imbarcazioni locali, dal fatto che il carico sia destinato ad essere sbarcato nel territorio dello Stato costiero o sia ad esso diretto, a ancora dalla particolare pericolosità della merce etc.<sup>244</sup>

Come anticipato, Conforti attribuisce un limite funzionale, e non spaziale, alla zona contigua solo per quanto attiene ai poteri di vigilanza doganale, mentre sembra accettare una delimitazione spaziale di detta zona per quanto riguarda l’esercizio della giurisdizione statale in materia di violazione delle leggi sanitarie, fiscali e di immigrazione. Il contrasto al traffico di migranti, tuttavia, potrebbe essere inquadrato sotto due profili: da un lato, la violazione delle leggi statali in materia di immigrazione, dall’altro la repressione del contrabbando, che sarebbe autorizzata dal diritto consuetudinario entro i limiti funzionali<sup>245</sup>. L’interpretazione di Conforti e di altri autori<sup>246</sup>, dunque, a parere di chi scrive, lascia spazio a incertezze circa l’effettiva estensione della giurisdizione degli Stati nelle operazioni di contrasto allo *smuggling*, incertezze che sarebbero facilmente risolte attraverso una delimitazione spaziale certa della zona contigua valevole per tutte le materie indicate dall’UNCLOS.

Per quanto concerne l’estensione della zona contigua, l’UNCLOS si limita a stabilire il limite massimo entro cui la zona contigua può estendersi, ossia 24 m.n., limite che risponde essenzialmente all’esigenza di individuare un limite geografico in materia e di rappresentare spazialmente la relativa disciplina internazionale, garantendo la certezza del diritto. Tradizionalmente la zona contigua non esisterebbe *ipso jure* ma dovrebbe essere proclamata con atto unilaterale dallo Stato costiero che dovrebbe indicarne anche l’ampiezza<sup>247</sup>. Come rilevano diversi autori<sup>248</sup>, tuttavia, l’art. 33

---

<sup>244</sup> Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI ed., Napoli, 2013, p. 285 e ss. La tesi di Conforti verrà ripresa al par. 2.2.1.1 a proposito della definizione del concetto di “presenza costruttiva”, fondamentale in materia di contrasto al traffico di migranti via mare.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>246</sup> Cfr. U. LEANZA, *Le attività degli Stati nell’ambito degli spazi liberi*, Roma, 2000; ID., *Le Nouveau Droit International de la Mer Méditerranée*, Napoli, 1994, p. 280.

<sup>247</sup> T. TREVES, *Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer*, in *Recueil des cours*, vol. 223, 1990, vol. IV, p. 75; I. PAPANICOLOPULU, *Il confine marino: unità o pluralità?*, Milano, 2005, p. 16.

<sup>248</sup> Cfr. F. MUSSI, *Il dilemma dell’esistenza e dei poteri esercitabili nella zona contigua italiana*, in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L’immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell’esperienza europea*, Torino, 2016, pp. 23-43. Si vedano anche N. M. SHAW, *International Law*, Cambridge, 2008, p. 579; B. VUKAS, *The Law of the Sea: Selected writings*, Leiden, 2004, p. 93.

UNCLOS rimane ambiguo circa le modalità di tale proclamazione e nemmeno definisce alcun principio in relazione alla delimitazione delle zone contigue di Stati adiacenti<sup>249</sup>. Tale assenza all'interno dell'UNCLOS, ha dato spazio a differenti interpretazioni e lascia ancora oggi spazio a dubbi e controversie circa l'esercizio della giurisdizione statale in detta zona, in particolare per quanto riguarda il contrasto all'immigrazione irregolare via mare; su entrambi gli aspetti si ritornerà nei paragrafi successivi.

Occorre poi ricordare che, oltre la zona contigua, si individua la *zona economica esclusiva* (z.e.e.), che non può estendersi oltre le 200 m.n. a partire dalle linee di base (art. 57). Entro tale zona, allo Stato costiero spettano: a) diritti sovrani ai fini di esplorazione, sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse naturali, biologiche e non biologiche, delle acque, dei fondi marini e del loro sottosuolo, e circa le altre attività dirette a fini economici, come la produzione di energia a partire dall'acqua, dalle correnti e dai venti; b) giurisdizione in materia di stabilimento e uso di isole artificiali, installazioni e strutture, in materia di ricerca scientifica marina e in materia di protezione e preservazione dell'ambiente marino (art. 56). Agli altri Stati spettano invece le libertà di navigazione, di sorvolo e di posa di cavi e condotte sottomarine, oltre che la libertà di utilizzare il mare ad altri fini internazionalmente leciti legati a tali libertà (art. 58). Come nota parte della dottrina in materia, si potrebbe concludere che tutte le attività concernenti l'utilizzazione delle risorse rientrano nelle competenze dello Stato costiero, mentre tutte le attività relative alle comunicazioni internazionali siano da ricomprendere tra i diritti degli Stati terzi. Restano, tuttavia, talune attività non menzionate dall'UNCLOS che appaiono difficili da classificare come, ad esempio, le esercitazioni navali: se da un lato esse possono essere considerate come un uso del mare legato alla libertà di navigazione, dall'altro potrebbero venir viste come pregiudizievoli a competenze spettanti allo Stato costiero (ad esempio la gestione delle risorse biologiche o la protezione dell'ambiente)<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Le problematiche legate alla definizione della giurisdizione statale sulla zona contigua, per quanto concerne il contrasto al traffico di migranti, verranno prese in esame al par. 2.1.2.1.

<sup>250</sup> Cfr. T. SCOVAZZI, *op. cit.*, v. sopra nota 227, p. 37. In realtà, l'UNCLOS tenta di risolvere l'incertezza legata alle attività residuali con la formula di cui all'art. 59 (*Basis for the resolution of conflicts regarding the attribution of rights and jurisdiction in the exclusive economic zone*): "In cases where this Convention does not attribute rights or jurisdiction to the coastal State or to other States within the exclusive economic zone, and a conflict arises between the interests of the coastal State and any other State or States, the conflict should be resolved on the basis of equity and in the light of all the relevant

In ultimo, ai fini di completezza, occorre fare menzione della *piattaforma continentale*, che, ai sensi dell'art. 76, par. 1 dell'UNCLOS<sup>251</sup> “comprises the seabed and subsoil of the submarine areas that extend beyond its territorial sea throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin, or to a distance of 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured where the outer edge of the continental margin does not extend up to that distance”. L'articolo stabilisce inoltre, al par. 5, che sia previsto un limite esterno della piattaforma a una distanza non eccedente le 350 m.n. dalle linee di base o le 100 miglia dall'isobata dei 2.500 metri.

Il regime della piattaforma si distingue da quello della zona economica esclusiva, in quanto i diritti dello Stato costiero sulla piattaforma sorgono indipendentemente dall'occupazione effettiva o simbolica e da ogni proclamazione espressa, richiesta invece per la z.e.e. Come nella z.e.e., invece, sulla piattaforma lo Stato costiero ha il diritto esclusivo di costruire e di regolamentare la costruzione e l'utilizzazione di isole artificiali, installazioni e strutture destinate a fini economici o che possono interferire con l'esercizio dei diritti dello Stato costiero (art. 60 UNCLOS).

È importante notare che i diritti dello Stato costiero sulla piattaforma non pregiudicano il regime giuridico delle acque sovrastanti, che quindi potranno rientrare, a seconda dei casi, nella zona economica esclusiva o nell'alto mare. L'esercizio di tali diritti non deve pregiudicare la navigazione o gli altri diritti e libertà riconosciuti agli altri Stati, né risultare in “any unjustifiable interference with navigation and other rights and freedoms” stabiliti dalla Convenzione (art. 78 UNCLOS).

---

circumstances, taking into account the respective importance of the interests involved to the parties as well as to the international community as a whole”.

<sup>251</sup> La definizione di “piattaforma continentale” risale in realtà a una norma consuetudinaria, sviluppatasi nel XX secolo, a causa dei progressi tecnici che hanno aperto nuove prospettive per lo sfruttamento delle risorse minerali contenute nei fondi marini di ridotta profondità adiacenti alle masse continentali, di cui costituiscono il prolungamento, ed estesi oltre le aree rientranti nel fondo del mare territoriale (cfr. SCOVAZZI, p. 43). La Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale la definiva come “the seabed and subsoil of the submarine areas adjacent to the coast but outside the area of the territorial sea, to a depth of 200 metres or, beyond that limit, to where the depth of the superjacent waters admits of the exploitation of the natural resources of the said areas; (b) to the seabed and subsoil of similar submarine areas adjacent to the coasts of islands” (art.1).

### 2.1.2.1 La zona contigua e l'Italia: problemi di giurisdizione nelle operazioni di contrasto al traffico di migranti

Occorre soffermarsi ora, ai fini del presente lavoro, sul caso specifico della giurisdizione dello Stato italiano che, nonostante l'estensione delle sue coste e i numerosi problemi che conosce in materia di traffico, sembra non si sia dotato espressamente di una zona contigua.

In realtà, la legge 25 settembre 1940 n. 1424 aveva fissato a 12 m.n. il limite della zona di vigilanza doganale, comprendente il mare territoriale e la zona contigua. Tale estensione era stata successivamente confermata dall'art. 29 del Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, e successive modificazioni. Successivamente, la legge 14 agosto 1974, n. 359 ha esteso il mare territoriale, precedentemente di 6 miglia, a 12 miglia, inglobando la zona contigua che, di conseguenza, ha perso autonomia. Stando, dunque, alle ultime leggi che esplicitamente vi fanno riferimento, verrebbe naturale concludere che l'Italia sia priva di una zona contigua<sup>252</sup> e che, dunque, il limite al controllo che l'Italia può esercitare per prevenire e reprimere le infrazioni alle sue leggi doganali, fiscali, sanitarie e d'immigrazione commesse sul suo territorio o nel suo mare territoriale sia fissato a 12 m.n.

Tuttavia, e nonostante l'argomento non sia da allora più stato oggetto di studio da parte del legislatore italiano, molteplici riferimenti alla zona contigua si ritrovano nella normativa nazionale, a partire dall'art. 11-*sexies* della legge 30 luglio 2002 n. 189 (legge Bossi – Fini)<sup>253</sup>. Si richiama, infatti, la “zona contigua” sia all'art. 12, comma 9bis del Testo Unico sull'immigrazione, così come modificato dall'art. 11 della legge n. 189, sia all'art. 6, comma 2 del decreto ministeriale del 14 luglio 2003 recante disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina<sup>254</sup>, il quale prevede che la Guardia di finanza coordini le attività navali connesse al contrasto

---

<sup>252</sup> Si veda anche T. TREVES, *Il diritto del mare e l'Italia*, Milano, 1995, p. 59.

<sup>253</sup> Legge n. 189, 30 luglio 2002, *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo*, in G.U. n.199, 26 agosto 2002. All'art. 10 si legge: “La nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua una nave di cui si ha il fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla a ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il *coinvolgimento della nave in un traffico di migranti*, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato” (corsivo aggiunto).

<sup>254</sup> Decreto 14 luglio 2003, *Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina*, in G.U. n. 220, 22 settembre 2002, p.6.

all'immigrazione irregolare, in una "fascia di coordinamento che si estende fino al limite dell'area di mare internazionalmente definita "zona contigua"" (corsivo aggiunto). Di fatto, sembrerebbe che l'ordinamento italiano contempli la zona contigua ai soli fini dell'immigrazione e non di polizia doganale, come invece era stabilito dalla Legge 25 settembre 1949, n. 1424<sup>255</sup>.

Tale interpretazione, se data per valida, seguirebbe la linea della visione funzionalistica sostenuta da Conforti, così come di altra parte della dottrina, che tende a sganciarsi da una concezione eccessivamente formalistica della determinazione della zona contigua da parte degli Stati. Queste teorie si basano essenzialmente sull'idea che l'UNCLOS prevedrebbe sì una forma di proclamazione, senza però stabilirne la forma e le modalità<sup>256</sup>; a sostegno di ciò concorrerebbe il fatto che l'UNCLOS, a differenza della Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua, non prevede disposizioni riguardo alla delimitazione di zone contigue di Stati contigui o frontisti<sup>257</sup>.

D'altra parte, a parere di altri autori e di chi scrive, accettare l'ipotesi per cui l'Italia sarebbe dotata o meno di zona contigua in base alle finalità, nello specifico il controllo su infrazioni legate a questioni migratorie, appare ardimentoso e poco coerente. Se esistono leggi, seppure datate, che espressamente inglobano la zona contigua nelle 12 m.n. di mare territoriale, è a tali leggi che sarebbe opportuno fare riferimento e non al T.U. che, peraltro, non contribuisce in alcun modo a dare indicazioni circa l'estensione di tale zona. Peraltro, oltre che dubbi di carattere teorico, tale incertezza genera problematiche a livello pratico che, come si vedrà a breve, si riversano in una giurisprudenza confusa e poco lineare sul tema.

Non da ultimo, poi, occorre considerare che in primo luogo l'UNCLOS si limita ad attribuire agli Stati semplici facoltà nell'ambito della zona contigua, il cui effetto è da ritenersi inscindibilmente legato a una proclamazione formale della zona, data l'insufficienza dell'emanazione di un provvedimento interno, in quanto non

---

<sup>255</sup> Cfr. L. SALVADEGO, *Controllo marittimo dell'immigrazione clandestina e giurisdizione penale del giudice italiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 1156.

<sup>256</sup> B. VUKAS, *The Law of the Sea: Selected writings*, Leiden, 2004, p. 93.

<sup>257</sup> V. KAMARAN, in *Dispute Resolution in the Law of the Sea*, Leiden, 2012, p. 71, sostiene che "the concept of the contiguous zone is now sometimes considered to have become obsolete, since it is not a jurisdictional zone and there is no pressing need for its delimitation". Analogamente, V. L. GUTIERREZ CASTILLO, *La zone contigüe dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982*, in *Annuaire de Droit de la Mer*, 2002, p. 159 e ss.; B. VUKAS, *The LOS Convention and the Sea Boundary Delimitation*, in B. Vukas (eds.), *Essays on the New Law of the Sea*, Zagreb, 1985, p. 147.

opponibile a Stati terzi<sup>258</sup>. In secondo luogo, l'adozione di un apposito strumento normativo risponde all'esigenza di soddisfare i requisiti di certezza, sia per determinare il limite esterno della zona (l'UNCLOS stabilisce solo il limite massimo di 24 m.n) sia per definire la rispettiva area di influenza di Stati contigui o adiacenti<sup>259</sup>; pertanto, la legislazione di cui all'art. 12 T.U. non è sufficiente, in quanto resta sostanzialmente virtuale<sup>260</sup>.

Inoltre, la discrepanza tra l'assenza di una zona contigua dichiarata e quanto invece espresso dalla legislazione italiana pone dei problemi relativi all'effettiva legittimità dell'azione svolta dalle forze di polizia italiane in acque extra-territoriali<sup>261</sup>.

Le criticità appena menzionate sono emerse in tempi recenti in rapporto alla sentenza del 5 maggio 2010, con la quale la Corte Suprema di Cassazione ha negato la sussistenza della giurisdizione italiana su scafisti intercettati oltre il limite delle 12 miglia marine e provenienti da Stati che non hanno ratificato l'UNCLOS, nel caso di specie la Turchia<sup>262</sup>. Alla Suprema Corte si erano rivolti due condannati in primo e secondo grado ad otto anni di reclusione per aver favorito l'ingresso illegale nel territorio italiano di 63 cittadini extracomunitari, i quali contestavano le decisioni dei giudici di merito che, a loro avviso, si erano pronunciati nel merito malgrado il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana essendo la motonave sequestrata turca ed essendo state fermate le navi al di fuori delle acque territoriali italiane<sup>263</sup>.

Ripercorrendo brevemente il fatto, nella notte tra il 23 e il 24 aprile 2007, grazie ad una ricognizione aerea, la Guardia di Finanza aveva intercettato e fermato, a 23 m.n. dalla costa calabrese, un gommone battente bandiera turca condotto dai due ricorrenti che si dirigeva verso la costa trasportando migranti irregolari, precedentemente trasbordati da una motonave anch'essa turca. Dopo un lungo inseguimento, le autorità italiane riuscivano a fermare anche la motonave a circa 50 m.n. dalla costa, e dopo

---

<sup>258</sup> A. LEANZA, G. GRAZIANI, *Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto*, in *La Comunità internazionale*, 2014, p. 168.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> F. CAFFIO, *L'immigrazione clandestina via mare: l'esperienza italiana nella vigilanza, prevenzione e contrasto*, in *Rivista marittima*, 2003, p. 45.

<sup>261</sup> Sul tema si ritornerà in maniera più approfondita al cap. IV.

<sup>262</sup> Cass., I sez., Sentenza 5 maggio 2010, n. 32960.

<sup>263</sup> La sentenza della Corte d'Appello di Reggio Calabria, n. 1894/2008 del 1 luglio 2009, nonché la sentenza di primo grado, avevano entrambe condannato i ricorrenti, Kircaoglu Mehmet e Sanaga Mehmet, insieme ad altri nove coimputati, a otto anni di reclusione e al versamento di una multa di 1.134.000,00 euro per aver posto in essere una condotta volta a favorire l'ingresso illegale di 63 cittadini extracomunitari.

averla ispezionata vi rinvenivano i libretti di circolazione intestati ai cittadini turchi sorpresi sul gommone. Entrambe le imbarcazioni venivano condotte sul territorio italiano e l'equipaggio veniva sottoposto a procedimento penale. La Corte di Appello di Reggio Calabria, confermando il giudizio di primo grado, aveva riconosciuto i ricorrenti colpevoli di "reato tentato" (art. 56 e 110 c.p.)<sup>264</sup>, ammettendo la legittimità dell'intervento italiano sull'imbarcazione battente bandiera turca, nonché l'esistenza della giurisdizione italiana, in considerazione del fatto che "la condotta illecita di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina" era stata posta in essere in una zona di mare rientrante nella zona contigua, all'interno della quale l'art. 12, comma 9bis del T.U. sull'immigrazione ammette espressamente il potere di intervento delle forze di polizia per verificare l'eventuale esistenza del coinvolgimento della nave nel trasporto illecito di migranti.

Di tutt'altro avviso, tuttavia, si è mostrata la Corte di cassazione, che ha annullato la sentenza. Per la Corte, infatti, il reato era stato consumato in aree sottratte alla giurisdizione italiana, oltre le 12 miglia marine. Né per i giudici di legittimità si poteva invocare la zona contigua perché la Turchia, stato della bandiera, "non ha mai aderito alla Convenzione di Montego Bay". Si disconosceva, quindi, la natura consuetudinaria dell'istituto. Irrilevante anche il richiamo al diritto di inseguimento previsto dall'articolo 111 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare e al principio della presenza costruttiva<sup>265</sup>, proprio perché l'inseguimento "non è iniziato nelle acque

---

<sup>264</sup> Ai sensi dell'art. 56 c.p. "Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica".

<sup>265</sup> Art. 23, comma 1 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare: "The hot pursuit of a foreign ship may be undertaken when the competent authorities of the coastal State have good reason to believe that the ship has violated the laws and regulations of that State. *Such pursuit must be commenced when the foreign ship or one of its boats is within the internal waters or the territorial sea or the contiguous zone of the pursuing State, and may only be continued outside the territorial sea or the contiguous zone if the pursuit has not been interrupted. It is not necessary that, at the time when the foreign ship within the territorial sea or the contiguous zone receives the order to stop, the ship giving the order should likewise be within the territorial sea or the contiguous zone. If the foreign ship is within a contiguous zone, as defined in article 24 of the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, the pursuit may only be undertaken if there has been a violation of the rights for the protection of which the zone was established*" (corsivo aggiunto); e art. 111, comma 4 UNCLOS: "Hot pursuit is not deemed to have begun unless the pursuing ship has satisfied itself by such practicable means as may be available that the ship pursued or one of its *boats or other craft working as a team and using the ship pursued as a mother ship is within the limits of the territorial sea, or, as the case may be, within the contiguous zone or the exclusive economic zone or above the continental shelf. The pursuit may only be commenced after a visual or auditory signal to stop has been given at a distance which enables it to be seen or heard by the foreign ship*" (corsivo aggiunto).

territoriali nazionali”<sup>266</sup>. Di conseguenza, per la Corte di Cassazione, i giudici italiani non avevano giurisdizione, ma essa doveva essere riconosciuta alla Turchia in ragione del principio della bandiera di cui all’articolo 97 della Convenzione di Montego Bay. La decisione della Corte ha sollevato critiche da parte di alcuni autori, in particolare per quanto attiene alla convinzione della Corte in merito all’inopponibilità della zona contigua a uno Stato non parte della Convenzione di Montego Bay, centrale in tutto il suo ragionamento. In primo luogo, la sentenza appare priva di qualsivoglia riferimento alle norme internazionali consuetudinarie, che sarebbe stato utile dal momento che la Turchia non ha firmato né ratificato alcuna convenzione di codificazione del diritto del mare<sup>267</sup>. È infatti parere condiviso dalla maggior parte degli studiosi che le disposizioni contenute all’art. 33 (zona contigua) dell’UNCLOS siano di natura consuetudinaria e dunque, se si considera esistente la zona contigua italiana, essa sarebbe opponibile a tutti gli Stati, indipendentemente dall’adesione o meno alla Convenzione di Montego Bay<sup>268</sup>.

Per quanto concerne il richiamo alle nozioni di diritto di inseguimento e di “presenza costruttiva”<sup>269</sup>, come già accennato, la Corte suprema nega la possibilità di invocare tale diritto come base per l’affermazione della giurisdizione italiana, sempre in ragione dell’inopponibilità alla Turchia della zona contigua, da cui sarebbe partito l’inseguimento. Riprendendo quanto detto sopra in relazione alla natura consuetudinaria dell’art. 33 UNCLOS, tuttavia, la Corte avrebbe potuto ricorrere ad argomentazioni differenti<sup>270</sup>. Si fa riferimento, in particolare, all’art. 111 UNCLOS, che al comma 1 disciplina il potere di inseguimento di una nave straniera riconosciuto a uno Stato costiero oltre il suo mare territoriale quando abbia fondati motivi di ritenere che la nave abbia violato le leggi statali applicabili nella zona in cui ha avuto inizio

---

<sup>266</sup> La Corte ha così legato l’istituto della “presenza costruttiva” al diritto di inseguimento ex. art. 111 UNCLOS. Il tema della “presenza costruttiva” e della sua possibile collocazione giuridica verrà approfondito al par. 2.2.1.1.

<sup>267</sup> Cfr. G. ANDREONE, *Immigrazione clandestina, zona contigua e Cassazione italiana: il mistero si infittisce*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale*, vol. 5, n. 1/2011, p. 183 e ss.

<sup>268</sup> Cfr. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2009, p. 115; e C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale*, VIII ed., Napoli, 2010, p. 289. La natura consuetudinaria dell’art. 33 trova conferma anche nella prassi degli Stati, per la cui analisi si rimanda a J. A. ROACH, R. W. SMITH, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, The Hague-Boston-London, 1996, p. 163 e ss.; e S. N. NANDAN, S. ROSENNE, N. R. GRANDY, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, D’Ordrecht-Boston-London, 1993, p. 266 e ss.

<sup>269</sup> Come emerge dalla sentenza, la Corte considera legate le nozioni di diritto di inseguimento e di “presenza costruttiva”.

<sup>270</sup> Cfr. G. ANDREONE, *op. cit.*, v. sopra nota 267, p. 183 e ss.



l'inseguimento<sup>271</sup>. Questa disposizione si occupa di determinare in quali casi lo Stato costiero può effettuare un intervento coercitivo su una nave straniera fuori del mare territoriale, ma non anche di determinare l'esistenza o meno della giurisdizione repressiva del giudice dello Stato costiero, che deve essere, invece, ricostruita tramite le altre norme della Convenzione, disciplinanti i poteri dello Stato costiero nelle varie zone marittime, lette congiuntamente alle norme nazionali<sup>272</sup>. Inoltre, sulla base di quanto stabilito Convenzione, anche la teoria della presenza costruttiva non sembra pertinente nel caso di specie perché essa estende i poteri di prevenzione e repressione dello Stato costiero anche ai casi in cui la nave su cui vuole esercitare la giurisdizione abbia compiuto l'illecito o sia stata intercettata in alto mare, sempre che si possa dimostrare che vi sia una stretta e diretta connessione operativa di questa con un'altra imbarcazione che si trovi in zona sottoposta alla sovranità dello Stato costiero. Si ricorda, infatti, che per quanto attiene al caso in oggetto, l'imbarcazione trasportante migranti, condotta dai due ricorrenti, era stata intercettata all'interno delle 24 m.n. (presunta zona contigua), mentre l'altra imbarcazione, c.d. "nave madre", era stata fermata in alto mare, a 50 m.n. dalle coste italiane.

Ora, sulla base di quanto precedentemente esposto, il ragionamento della Corte avrebbe trovato fondamenta più solide se, anziché basarsi sull'inopponibilità della zona contigua alla Turchia, avesse insistito sull'inesistenza di una zona contigua formalmente rivendicata dall'Italia<sup>273</sup>. Come anticipato, infatti, l'unico riferimento normativo alla zona contigua italiana è contenuto nel T.U. sull'immigrazione<sup>274</sup>. È

---

<sup>271</sup> Art. 111, comma 1: "The hot pursuit of a foreign ship may be undertaken when the competent authorities of the coastal State have good reason to believe that the ship has violated the laws and regulations of that State. Such pursuit must be commenced when the foreign ship or one of its boats is within the internal waters, the archipelagic waters, the territorial sea or the contiguous zone of the pursuing State, and may only be continued outside the territorial sea or the contiguous zone if the pursuit has not been interrupted. It is not necessary that, at the time when the foreign ship within the territorial sea or the contiguous zone receives the order to stop, the ship giving the order should likewise be within the territorial sea or the contiguous zone. If the foreign ship is within a contiguous zone, as defined in article 33, the pursuit may only be undertaken if there has been a violation of the rights for the protection of which the zone was established".

<sup>272</sup> Il tema della giurisdizione penale degli Stati, in particolare nell'alto mare, verrà approfondito al par. 2.3.1.

<sup>273</sup> Sulla (mancata) rivendicazione di una zona contigua da parte dello Stato italiano si veda T. SCOVAZZI, *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 109 e ss.

<sup>274</sup> Il T.U. sull'immigrazione all'art. 12, comma 9bis stabilisce: "La nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se

dunque legittimo, in assenza di una proclamazione esplicita, della fissazione del limite esterno e di un decreto di attuazione della zona contigua, dubitare dell'esistenza di detta zona<sup>275</sup>.

Limitandosi all'inopponibilità della zona contigua italiana alla Turchia, dunque, la Corte ha perso l'occasione di provare a risolvere la questione del riconoscimento di tale zona marittima all'Italia, ma non solo. Un ulteriore aspetto degno di considerazione, almeno per verificare la giurisdizione italiana nel caso di specie, riguarda i poteri che possono essere validamente esercitati nella zona contigua. Riprendendo ancora una volta l'art. 33 UNCLOS, e soffermandosi su un'interpretazione puramente letterale di esso, lo Stato costiero, disponendo solo di un potere di controllo per la prevenzione e la repressione delle violazioni che potrebbero avvenire o che sono avvenute all'interno del suo mare territoriale, non potrebbe, in aggiunta, reprimere una violazione commessa nella zona contigua perché sprovvisto del potere di regolamentare le attività condotte in tale zona. Tale interpretazione restrittiva, tuttavia, è stata confutata da tempo, come visto, sia dalla dottrina risalente all'epoca delle Convenzioni di Ginevra<sup>276</sup>, sia dalla prassi degli Stati<sup>277</sup>.

---

vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato" (corsivo aggiunto). L'art. 9<sup>quater</sup>, poi, prevede che l'esercizio del controllo e della relativa repressione devono avvenire nei limiti consentiti dal diritto internazionale, da intendersi come richiamo alle norme internazionali per la determinazione dei poteri consentiti allo Stato costiero, e non come obbligo di delimitazione spaziale della zona (cfr. G. ANDREONE, *op. cit.*, v. sopra nota 264, p. 183 e ss.). Inoltre, il comma 9<sup>quinqies</sup> del T.U. prevede espressamente la necessità di un decreto interministeriale dei Ministeri competenti solo per la definizione dell'intervento delle navi della Marina militare, e non anche per le altre navi in servizio di polizia. Nota, peraltro Andreone che negli ultimi anni le autorità italiane hanno effettuato vari interventi di contrasto all'immigrazione anche oltre il mare territoriale, in assenza di un decreto di attuazione e della fissazione di un limite spaziale della zona contigua, ma nella consapevolezza del limite di 24 m.n. previsto dal diritto internazionale.

<sup>275</sup> Cfr. F. CAFFIO, *Vigilanza, prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina via mare: l'esperienza italiana*, in *Rivista marittima*, 2003, p. 45 e ss.

<sup>276</sup> Cfr. B. CONFORTI, *Le Convenzioni di Ginevra sul diritto del mare*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. IX, 1958, p. 201 e ss.; e S. ODA, *The Concept of Contiguous Zone*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1962, p. 181 e ss.

<sup>277</sup> La prassi degli Stati costieri rivendica sempre più di frequente poteri coercitivi e repressivi nella zona contigua, sia nell'ambito della lotta al traffico di stupefacenti, sia in materia di immigrazione clandestina. Sul tema si veda R. R. CHURCHILL, A. V. LOWE, *The Law of the Sea*, Manchester, 1999, p. 138.

## 2.2 La giurisdizione degli Stati nell'alto mare

La giurisdizione degli Stati nell'alto mare assume un carattere estremamente rilevante ai fini del presente lavoro. Per il momento, è utile ricordare alcuni assunti di base che ricorreranno di frequente all'interno dei successivi paragrafi.

L'alto mare è definito dall'UNCLOS, in negativo, come “all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic waters of an archipelagic State” (art. 86). Questo significa che l'alto mare, o le acque internazionali, iniziano là dove terminano gli spazi sui quali gli Stati costieri rivendicano diritti esclusivi. Il regime delle acque internazionali, dunque, è ispirato all'idea di libertà di tutti gli Stati in tale area, purché tale libertà sia esercitata in modo ragionevole, tenendo conto dell'interesse degli altri Stati aventi uguale diritto di esercitare la propria libertà nell'alto mare. Utile all'analisi delle operazioni di cui si tratterà al cap. 3 appare il riferimento alla norma secondo la quale l'alto mare è destinato a fini pacifici (art. 88 UNCLOS). È infatti interessante notare che tale disposizione non preclude le attività militari in alto mare, purché esse non si traducano nella minaccia o nell'uso della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di altri Stati, ossia in quei comportamenti già di per sé vietati dalla Carta delle Nazioni Unite e dalle corrispondenti norme consuetudinarie inderogabili<sup>278</sup>.

Tutti gli Stati, costieri o privi di litorale, hanno dunque il diritto di far navigare in alto mare navi che battono la loro bandiera (art. 90), la quale esprime il collegamento giuridico esistente tra una nave e lo Stato che la conferisce. Ai sensi dell'art. 91 UNCLOS, inoltre, lo Stato ha l'obbligo di esercitare un controllo effettivo sulle navi che sono autorizzate a battere la sua bandiera (c.d. *genuine link*), al fine di limitare il fenomeno delle c.d. *bandiere ombra*, ossia delle bandiere attribuite a uno Stato senza che esista un sostanziale collegamento fra di esso e una determinata nave. Tale principio, già presente nella Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958<sup>279</sup>, è

---

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 77. Sul tema si vedano anche R. R. CHURCHILL, A. V. LOWE, *The Law of the Sea*, Manchester, 1999, pp. 421-432; e CENTER FOR OCEANS LAW AND POLICY, UNIVERSITY OF VIRGINIA, *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: a commentary*, vol. 1, Hingham (US), 1985.

<sup>279</sup> Art. 5, par. 1: “Each State shall fix the conditions for the grant of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory, and for the right to fly its flag. Ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly. There must exist a genuine link between the State and the ship; in

ribadito all' art. 94, par. 1 dell' UNCLOS: "every State shall *effectively* exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag" (corsivo aggiunto)<sup>280</sup>.

Non esistono, tuttavia, norme di diritto internazionale generale che precisino in dettaglio le condizioni sulla base delle quali uno Stato sia tenuto a concedere o a rifiutare la propria bandiera ad una nave<sup>281</sup>.

### 2.2.1 La giurisdizione penale nell'alto mare

Gli Stati, dunque, se da un lato esercitano una giurisdizione esclusiva sulle proprie navi, dall'altro sono tenuti a non interferire a bordo di una nave che si trovi in alto mare e che abbia la nazionalità di un altro Stato, attestata dalla corrispondente bandiera. Tale principio, assoluto per le navi da guerra e per le navi appartenenti ad uno Stato o da esso gestite e impiegate esclusivamente per un servizio pubblico non commerciale (artt. 95-96 UNCLOS), prevede invece alcune importanti eccezioni per le navi private, che occorre tenere in considerazione ai fini del presente lavoro.

Una prima deroga al principio di giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera è fissata dall'art. 97 della Convenzione che, per il caso di collisione tra navi, ovvero di ogni altro "*incident of navigation concerning a ship on the high seas, involving the penal or disciplinary responsibility of the master or of any other person in the service of the ship*" (par. 1), prevede sia la giurisdizione dello Stato di bandiera della nave, sia quella dello Stato di cittadinanza del colpevole (principio della c.d. personalità attiva). La seconda eccezione alla norma sul divieto di interferenze in alto mare a bordo di navi straniere è data dal diritto di visita (art. 110), esercitabile solo a determinate condizioni e in relazione a crimini specifici. L'art. 110 della Convenzione, infatti, stabilisce che una qualsiasi nave da guerra o in servizio di Stato che incroci in alto mare una nave straniera non avente diritto alla completa immunità può legittimamente

---

particular, *the State must effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag*" (corsivo aggiunto).

<sup>280</sup> In particolare, all'art. 94 l'UNCLOS stabilisce che lo Stato di bandiera deve prendere le misure necessarie per garantire la sicurezza, in particolare per quanto concerne la costruzione e l'equipaggiamento della nave e la sua navigabilità, la composizione, le condizioni di lavoro e la formazione degli equipaggi, l'impiego dei segnali e il buon funzionamento delle comunicazioni e la prevenzione delle collisioni.

<sup>281</sup> Cfr. T. SCOVAZZI, *op. cit.*, v. sopra nota 227, p. 70.

abbordarla qualora vi siano fondati sospetti che la stessa: sia coinvolta in atti di pirateria, di tratta di schiavi o emissioni radiofoniche o televisive non autorizzate<sup>282</sup>; sia priva di nazionalità; o vi sia il sospetto che, sebbene battente una bandiera straniera o si rifiuti di mostrarla, abbia la stessa nazionalità della nave interveniente. È bene notare che la dottrina tende a porre una distinzione tra “indagine di nazionalità” e diritto di visita, nel senso che la prima si potrebbe esaurire nella mera identificazione della nave, mentre il secondo “mira a *constatare* a bordo di una nave, la cui nazionalità è conosciuta o è già stata riconosciuta, alcuni fatti relativi al suo carico, o comunque cose che reca a bordo” (corsivo aggiunto)<sup>283</sup>. Come si nota, l’art. 110 non annovera tra le eccezioni il traffico di migranti: le circostanze che possono legittimare la salita a bordo riguardano solo quelle ipotesi nelle quali vi siano fondati motivi per sospettare lo svolgimento di attività quali la pirateria, la tratta di schiavi o l’effettuazione di trasmissioni non autorizzate. E peraltro, anche nell’ambito di tali eccezioni, l’incisività delle misure di contrasto varia notevolmente, a favore di una piena giurisdizione dello Stato interveniente solo sulle navi coinvolte, o sospettate di essere coinvolte, nel reato di pirateria<sup>284</sup>. Tale scelta, come notano taluni autori, deriva dalla prevalente preoccupazione degli Stati, quantomeno in passato, di salvaguardare la sicurezza dei traffici marittimi, mentre altre pratiche illecite, come la tratta degli schiavi, non venivano percepite come un serio pericolo alla libertà di navigazione e agli interessi economici e commerciali degli Stati<sup>285</sup>.

Per quanto riguarda il diritto di visita sulle imbarcazioni coinvolte nella tratta degli schiavi in alto mare, esse possono soltanto essere oggetto di visita da parte di navi da guerra straniere. L’UNCLOS, all’art. 99, stabilisce che “every State shall take effective measures to prevent and punish the transport of slaves in ships authorized to fly its flag and to prevent the unlawful use of its flag for that purpose. Any slave taking refuge on

---

<sup>282</sup> Tale ipotesi fa riferimento alle emissioni radiofoniche o televisive non autorizzate, provenienti da navi o installazioni e dirette al grande pubblico in violazione dei regolamenti internazionali. Il diritto di arrestare i responsabili, di bloccare le navi e di sequestrare le attrezzature spetta, oltre che allo Stato di bandiera della nave o di immatricolazione dell’installazione, anche allo Stato di cui il responsabile è cittadino, allo Stato ove le emissioni possono essere ricevute e allo Stato le cui radiocomunicazioni autorizzate sono disturbate dalle emissioni (art. 109 UNCLOS).

<sup>283</sup> L. SCOTTI, *Polizia di bordo e della navigazione (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Milano, 1985.

<sup>284</sup> Le norme rilevanti per il contrasto alla pirateria marittima verranno analizzate al par. 2.2.2.1.

<sup>285</sup> Cfr. M. CARTA, *Misure al contrasto al traffico di migranti via mare*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, p. 89.

board any ship, whatever its flag, shall ipso facto be free”. A parere di alcuni autori, sebbene sembrerebbe che lo Stato che effettua la visita debba limitarsi a segnalare il fatto allo Stato della bandiera, che ha l’obbligo di prendere misure atte a prevenire e punire il trasporto di schiavi, in pratica si potrebbe consigliare agli agenti dello Stato che effettua la visita di favorire la fuga degli schiavi, che riacquistano la libertà per il solo fatto di rifugiarsi a bordo di un’altra nave<sup>286</sup>.

È bene considerare, tuttavia, che l’art. 110, seppure indirettamente, riconosce una base di intervento agli Stati coinvolti nel contrasto allo *smuggling*, ammettendo un potere di ingerenza da parte di essi sulla nave straniera in alto mare, qualora lo stesso sia previsto da trattati in vigore tra le parti, e dunque tanto da accordi bilaterali tra Stati di provenienza e di destinazione dei migranti, quanto da accordi multilaterali, come il Protocollo di Palermo<sup>287</sup>.

Una menzione a parte merita il diritto di inseguimento: esso può applicarsi quando le autorità di uno Stato costiero abbiano seri motivi di credere che una nave abbia contravvenuto alle leggi e regolamenti di questo Stato. A differenza di quanto avviene per la pirateria, solo lo Stato le cui norme sono violate ha il diritto di inseguire una nave straniera in alto mare e ivi effettuarne la cattura, tramite navi o aeromobili da guerra impiegati in servizio pubblico<sup>288</sup>. Questo diritto è subordinato a una serie di condizioni indicate in dettaglio all’art. 111, fra le quali: che l’inseguimento abbia inizio quando la nave straniera o una delle sue imbarcazioni<sup>289</sup> si trovi nelle acque interne, nelle acque arcipelagiche, nel mare territoriale, nella zona contigua, nella zona economica esclusiva o sulla piattaforma continentale dello Stato inseguitore (negli ultimi tre casi limitatamente alle infrazioni in materie attinenti alla giurisdizione statale in tali zone costiere); che l’inseguimento sia preceduto dall’intimazione, visiva o sonora e data a una distanza a cui essa possa essere udita, di arrestarsi; e che l’inseguimento non sia interrotto, anche se la cattura può essere effettuata da una nave

---

<sup>286</sup> Cfr. T. SCOVAZZI, *op. cit.*, v. sopra nota 227, p. 75.

<sup>287</sup> Entrambi gli aspetti verranno approfonditi nei paragrafi successivi.

<sup>288</sup> Il tema, in relazione al contrasto al traffico di migranti, verrà approfondito al par. 2.4 e ss.

<sup>289</sup> Il riferimento alle imbarcazioni connesse alla nave straniera assume particolare rilevanza in relazione al contrasto ai traffici illeciti, tra cui il traffico di migranti, qualora una nave, pur senza entrare in una zona costiera, si serva di imbarcazioni ad essa collegate per compiere atti illeciti nel territorio di uno Stato. Come si approfondirà in seguito, infatti, una delle tecniche utilizzate dai trafficanti è l’impiego di una c.d. “nave madre” per spingersi a ridosso delle acque territoriali di uno Stato, per poi trasbordare i migranti su imbarcazioni di dimensioni inferiori che vengono abbandonate in modo da costringere lo Stato costiero ad intervenire.

diversa da quella che ha dato inizio all'inseguimento. L'inseguimento, poi, deve cessare quando la nave inseguita entra nel mare territoriale dello Stato di cui batte bandiera o di uno Stato terzo.

I diritti di visita e di inseguimento, su cui si ritornerà in seguito, rilevano in modo particolare al fine del contrasto al traffico di migranti via mare in quanto, attraverso essi, l'UNCLOS mira a rendere praticamente possibile il sequestro della nave e l'arresto dei colpevoli, nonché a configurare un fondamentale diritto di azione preventiva.

Un cenno a parte merita l'esercizio della giurisdizione penale degli Stati sulle navi prive di bandiera, a cui sono assimilabili anche le navi battenti bandiera di due o più Stati di cui facciano uso a seconda della convenienza<sup>290</sup>. A parere di alcuni autori<sup>291</sup>, sebbene non si rinvenga nella Convenzione di Montego Bay un'esplicita previsione di un titolo di giurisdizione universale nei confronti di una nave priva di nazionalità, dal combinato disposto degli artt. 91 (nazionalità della nave), 92 (status delle navi), e 110 (diritto di visita) della Convenzione è possibile ricavare il principio per cui sulla medesima possa esercitarsi la giurisdizione dello Stato della nave militare che su di essa abbia effettuato la visita, qualora sia stata accertata a bordo la commissione di fatti integranti reato ai sensi dell'ordinamento giuridico della nave controllante<sup>292</sup>. Considerando dunque che la nave priva di bandiera, in quanto priva della "protezione di alcuno Stato, può essere legittimamente visitata da qualsiasi Stato", sarebbe da ritenersi legittimo che tale nave e il suo equipaggio possano essere sottoposti alla giurisdizione dello Stato controllante qualora, nell'esercizio della navigazione senza bandiera, abbiano commesso un reato secondo l'ordinamento giuridico di quest'ultimo<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> Art. 92, par. 2 UNCLOS: "*A ship which sails under the flags of two or more States, using them according to convenience, may not claim any of the nationalities in question with respect to any other State, and may be assimilated to a ship without nationality*".

<sup>291</sup> Cfr. R. GIUNGI, *La giurisdizione sui crimini in alto mare*, Ariccia, 2016, p. 88.

<sup>292</sup> Art. 110, par. 1: "Except where acts of interference derive from powers conferred by treaty, a warship which encounters on the high seas a foreign ship, other than a ship entitled to complete immunity in accordance with articles 95 and 96, is not justified in boarding it unless there is reasonable ground for suspecting that: (a) the ship is engaged in piracy; (b) the ship is engaged in the slave trade; (c) the ship is engaged in unauthorized broadcasting and the flag State of the warship has jurisdiction under article 109; (d) the ship is without nationality; or (e) though flying a foreign flag or refusing to show its flag, the ship is, in reality, of the same nationality as the warship" (grassetto aggiunto).

<sup>293</sup> Cfr. T. SCOVAZZI, *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, IV, 2003.

Se tale considerazione, da un lato, appare ragionevole, dall'altro il fatto che non vi siano strumenti giuridici che enuncino tale previsione in maniera esplicita, innegabilmente, come si evidenzierà a breve, dà adito a dubbi non solo per quanto riguarda il diritto per gli Stati di esercitare poteri coercitivi sulle navi prive di bandiera – anche se parzialmente risolti dal Protocollo di Palermo per quanto riguarda gli Stati parte del medesimo – ma anche, e soprattutto, in merito alla possibilità di esercitare una giurisdizione penale effettiva sull'equipaggio di tali navi.

Tale questione assume particolare rilevanza nel contesto del contrasto al traffico di migranti, in quanto i natanti impiegati, proprio allo scopo di sottrarsi al controllo delle autorità nazionali e al loro potere di ingerenza, sono spesso privi di qualsiasi segno di riconoscimento, dalla bandiera al nome e alla documentazione richiesta.

#### 2.2.1.1 Il concetto di “presenza costruttiva”

Strettamente connesso al diritto di inseguimento, e particolarmente rilevante per il contrasto al traffico di migranti, è la c.d. “presenza costruttiva”, a cui si faceva riferimento in precedenza, in base alla quale è possibile perseguire una nave che stazioni anche al di fuori delle acque territoriali (*green e blue waters*)<sup>294</sup>, purché intenta a commettere atti che possano ledere le leggi di uno Stato rivierasco. Si rende dunque necessario dimostrare la presenza di un c.d. *genuine link* tra lo Stato costiero e la nave che staziona al di fuori delle acque territoriali, al fine di giustificare interventi quali il fermo e la cattura di detta nave. Tale legame si produce in genere tramite l'utilizzo da parte della nave in alto mare (c.d. *nave madre*) di proprie imbarcazioni dirette verso la costa e volte a violare gli interessi dello Stato costiero, o viceversa con imbarcazioni che provengono da detto Stato e dirette verso la nave madre al fine di operare

---

<sup>294</sup> Tale suddivisione non ha natura giuridica ma ci deriva dalla geografia marittima. L'ambiente delle acque verdi si trova a metà tra le acque litoranee e quelle oceaniche ad una distanza di circa mille miglia dalla costa (*green waters*). L'ambiente delle acque blu si estende a partire dal margine delle acque verdi fino all'oceano aperto (*blue waters*). Ad essi si aggiunge l'ambiente o regione delle *acque marroni* (*brown waters*), che comprende le zone litoranee, gli estuari e la costa. In tali acque, appartenenti alle acque territoriali di ogni Stato, si concentra gran parte del traffico mercantile e commerciale e vede il massiccio impiego dei mezzi delle polizie marittime e delle guardie costiere. Sul tema si veda anche R. CAFFIO, *Glossario di Diritto del Mare. Diritto e Geopolitica degli Spazi Marittimi*, IV edizione, 2016, p. 126 e ss.



congiuntamente tali operazioni illecite<sup>295</sup>. Nel caso specifico dello *smuggling*, la nave madre generalmente interrompe la propria rotta a ridosso delle acque territoriali di uno Stato, dove si effettua il trasbordo dei migranti trafficati su imbarcazioni di dimensioni inferiori che vengono lasciate alla deriva, fino all'intervento delle autorità dello Stato rivierasco.

Sebbene condivisa da gran parte della dottrina, la riduzione della “presenza costruttiva” a istituto del diritto di inseguimento solleva ancora opinioni contrastanti. In particolare, Benedetto Conforti tende a ritenere la presenza costruttiva non una fattispecie del diritto di inseguimento, bensì una mera applicazione del principio funzionalistico in tema di vigilanza doganale, di cui si è fatta menzione in precedenza<sup>296</sup>. Si tratta, dunque, di interrogarsi se esista o meno uno spazio per l'applicazione di questa dottrina oltre le previsioni dell'art. 111 UNCLOS, quale potrebbe essere uno spazio garantito dal diritto consuetudinario.

#### 2.2.2.1 Verso una giurisdizione universale per il contrasto al traffico di migranti?

Cenni a pirateria e tratta degli schiavi.

Emerge, da quanto definito finora, che la Convenzione di Montego Bay non fa alcuna menzione al traffico di migranti quale fattispecie criminosa da includere tra le possibili eccezioni ai limiti imposti alla giurisdizione degli Stati nell'alto mare. Un cenno a parte meritano dunque le due fattispecie che, ai sensi dell'UNCLOS, sono sottoposti a norme speciali in tema di giurisdizione: la pirateria e la tratta di schiavi.

La pirateria, nel corso degli anni, è stata ricompresa tra i crimini *iuris gentium* che, in quanto tali, sono sottoposti alla giurisdizione universale da parte degli Stati<sup>297</sup>. È parere diffuso in dottrina, tuttavia, che la categorizzazione della pirateria quale delitto *iuris*

---

<sup>295</sup> La giurisprudenza italiana, a partire dal caso *Sea Wave* (prima pronuncia in Italia, da parte del Tribunale di Locri (sent. del 14 agosto 1996)) tende a trovare nel diritto di inseguimento e nella presenza costruttiva le basi giuridiche per legittimare l'intervento repressivo delle unità navali in alto mare, sovente della Guardia di Finanza, non solo nel settore del contrasto al traffico di migranti, ma anche in relazione ad altre tipologie di illeciti commessi via mare, quali, tra gli altri, il contrabbando e il traffico di stupefacenti.

<sup>296</sup> Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI edizione, Napoli, 2013, pp. 285 e ss.

<sup>297</sup> Sul concetto di crimine internazionale si rimanda a N. RONZITTI, *Crimini internazionali* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. X, Roma, 1995; M. R. MAURO, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, 2002; N. RONZITTI, *Crimini internazionali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, in *Cooperazione tra Stati e giustizia penale internazionale*, Napoli, 1999, pp. 11-12.

*gentium*, di cui, peraltro, è rimasta a lungo unica fattispecie, derivi da motivazioni più opportunistiche, ossia l'esigenza della comunità internazionale di salvaguardare la libertà dei mari e la sicurezza della navigazione, che dalla violazione di valori umanitari universali. Pertanto, nel prevedere la pirateria come *crimen juris gentium*, il diritto internazionale tutelerebbe in primo luogo l'interesse collettivo, e di ciascuno Stato contemporaneamente, di scoraggiare al massimo attività individuali di depredazione e violenza in spazi di mare che normalmente si pongono al di fuori di ogni controllo statale<sup>298</sup>. Proprio a ragione di quanto detto, alcuni autori tendono addirittura a escludere la pirateria dal novero dei crimini internazionali, in quanto trarrebbe origine dall'esigenza degli Stati di arginare il pericolo o il danno, sia esso reale o potenziale, che essa costituisce *in primis* per la libera circolazione delle merci e per gli scambi internazionali<sup>299</sup>.

Si ricorda, peraltro, che le regole sulla pirateria vincolano anche gli Stati non parte dell'UNCLOS, poiché essa di fatto è, sul punto, un'opera di codificazione del diritto consuetudinario preesistente; inoltre, gran parte degli Stati che non hanno ratificato la Convenzione di Montego Bay avevano ratificato la Convenzione di Ginevra sull'alto mare, che già disciplinava, all'art. 15, il contrasto alla pirateria<sup>300</sup>.

Nella Convenzione di Montego Bay, la pirateria è disciplinata agli artt. 100-107. L'art. 100 impone un dovere di "massima collaborazione" tra gli Stati per il contrasto alla pirateria in alto mare, che viene definita all'art. 101 come:

“(a) any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed: (i) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons

---

<sup>298</sup> Cfr. R. GIUNGI, *op. cit.*, v. sopra nota 288, p. 37. Per un approfondimento sull'evoluzione del concetto di pirateria nel diritto internazionale, si rimanda a F. MUNARI, *La nuova pirateria e il diritto internazionale. Spunti per una riflessione*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 2, 2009, p. 326; e G. REALE, *La pirateria del XXI secolo*, in *Rivista giuridica Molise e Sannio*, fasc. 3, 2009, p. 116.

<sup>299</sup> Cfr. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale I. Diritto sostanziale*, Bologna, 2005, p. 25.

<sup>300</sup> L'art. 15 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958 stabilisce: “Piracy consists of any of the following acts: (1) Any illegal acts of violence, detention or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed: (a) On the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft; (b) Against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State; (2) Any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft; (3) Any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in subparagraph 1 or subparagraph 2 of this article”.

- or property on board such ship or aircraft; (ii) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State;
- (b) any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft;
- (c) any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in subparagraph (a) or (b)”.

La nozione di pirateria si intende completa in considerazione dell’art. 103, il quale stabilisce che “a ship or aircraft is considered a pirate ship or aircraft if it is *intended* by the persons in dominant *control to be used for the purpose of committing* one of the acts referred to in article 101. The same applies if the ship or aircraft has been used to commit any such act, so long as it remains under the control of the persons guilty of that act” (corsivo aggiunto); e dell’art. 102, secondo cui non costituisce atto di pirateria un atto di violenza commesso da una nave militare contro una nave privata, tranne che l’equipaggio della nave da guerra si sia ammutinato e s’impadronisca della nave da guerra per commettere atti di pirateria. Tale norma rileva in quanto ribadisce il carattere “privato” del reato di pirateria, escludendo categoricamente dall’ambito di applicazione del medesimo il fatto comunque commesso da una nave in servizio di Stato, almeno fino a che essa resti tale, e cioè sino a che il suo controllo effettivo non venga assunto da soggetti estranei allo Stato<sup>301</sup>.

La norma dell’UNCLOS che fonda un vero e proprio titolo di giurisdizione universale nei confronti della pirateria è l’art. 105, secondo cui ogni Stato, purché in alto mare o in altro luogo fuori dalla giurisdizione di qualunque Stato, può sequestrare sia la nave pirata sia la nave catturata con atti di pirateria, arrestare le persone a bordo e requisirne i beni. Saranno poi gli organi giurisdizionali dello Stato cattore a stabilire le pene da infliggere nonché le misure da adottare nei confronti della nave e degli altri beni<sup>302</sup>. La norma di cui all’art. 105 attribuisce un idoneo titolo di giurisdizione per qualsiasi Stato cattore, il quale sarà detentore esclusivo della giurisdizione penale sulla nave pirata,

---

<sup>301</sup> Cfr. R. GIUNGI, *op. cit.*, v. sopra nota 291, p. 42.

<sup>302</sup> Art. 105 UNCLOS: “On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, *every State may seize* a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure *may decide* upon the penalties to be imposed, and *may also determine* the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith” (corsivo aggiunto).

ma non impone a quest'ultimo (*every State may seize... may decide... may also determine*) un obbligo di punizione. Nel caso in cui la nave pirata entri nelle acque territoriali di uno Stato ai danni dei cui cittadini nessun atto di pirateria sia stato compiuto, inoltre, lo Stato potrà esercitare la sua giurisdizione penale sempre a titolo di giurisdizione universale. Bisogna peraltro ricordare che, ai sensi dell'art. 107, “a seizure on account of piracy may be carried out only by warships or military aircraft, or other ships or aircraft clearly marked and identifiable as being on government service and authorized to that effect”.

Posto che il traffico di migranti non presenta punti in comune con tale fattispecie criminosa, l'unico modo individuato ad oggi da taluni autori per poter eventualmente estendere, in futuro, la giurisdizione degli Stati per il contrasto allo *smuggling* di migranti, sarebbe assimilarlo alla pratica che, nel novero di quelle previste nell'UNCLOS, ad esso più si avvicina, ossia alla tratta di schiavi<sup>303</sup>. Le due condotte non paiono, infatti, incompatibili, dal momento che gli schiavi trasportati illegalmente attraverso i confini di più Stati possono senz'altro ritenersi anche oggetto di *smuggling* e, viceversa, le pratiche di sfruttamento a cui, in casi estremi, sono sottoposti i migranti trafficati possono configurare la fattispecie di schiavitù. Se si considerano, poi, i recenti rapporti emessi da organizzazioni internazionali e non governative, relativi alle condizioni disumane a cui sono sottoposti i migranti nei centri di detenzione della zona di transito libica<sup>304</sup>, tale accostamento non appare eccessivamente fuori luogo<sup>305</sup>.

Tuttavia, sembra che si possa parlare più di innegabile compatibilità tra le due condotte che di possibile sovrapposizione tra di esse, dal momento che lo sfociare del traffico di migranti in tratta di schiavi rappresenta una casistica limitata e non generalizzabile. È bene peraltro notare che, a differenza della pirateria, la Convenzione di Montego Bay conferisce agli Stati che si imbattono nell'alto mare in una nave sospettata di trasportare schiavi solamente il diritto di visita<sup>306</sup>, senza attribuire ad essi alcun diritto di esercizio di poteri coercitivi sulla nave in oggetto.

---

<sup>303</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 422 e ss.

<sup>304</sup> Si vedano a riguardo: OCHCHR, “UN human rights chief: Suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity”, comunicato stampa del 14 novembre 2017, reperibile su [www.ochchr.org](http://www.ochchr.org); CNN, “Migrants sold as slaves”, video del 22 ottobre 2017, reperibile su [edition.cnn.com](http://edition.cnn.com).

<sup>305</sup> Sull'analisi – sotto il profilo giuridico della tutela internazionale dei diritti umani – delle gravi condizioni di sfruttamento dei migranti nei centri di detenzione libici si ritornerà in maniera maggiormente approfondita nei capitoli terzo e quarto del presente lavoro.

<sup>306</sup> Art. 110, par. 1(b).

Sulla base di tali riflessioni, e in considerazione del fatto che all'epoca della codificazione del diritto del mare il contrasto al traffico di migranti non era ancora percepito dagli Stati come prioritario, viene da chiedersi se, anziché artatamente tentare di includere lo *smuggling* in fattispecie che poco lo rappresentano, non sia giunto il momento di muoversi nel senso di un aggiornamento degli strumenti internazionali oggi in vigore. Come verrà in rilievo nei successivi paragrafi, lo stesso Protocollo di Palermo non fornisce risposte adeguate circa i poteri coercitivi, né tantomeno sulla giurisdizione penale, che gli Stati possono esercitare sulle navi prive di bandiera, e coinvolte o sospettate di essere coinvolte nello *smuggling* di migranti. Tale lacuna, se da un lato sembra voler proteggere la comunità internazionale da un'eccessiva limitazione del diritto di navigazione e di libertà nell'alto mare, dall'altro rischia di provocare l'effetto contrario. Come verrà in luce nel capitolo quarto del presente lavoro, infatti, gli Stati, spinti dall'imperativo ad oggi sempre più pressante di contrastare i traffici in mare che minano la propria sicurezza, stanno adottando misure che non sono formalmente vietate, ma nemmeno esplicitamente ammesse, dagli strumenti giuridici di diritto internazionale attualmente a loro disposizione.

### **2.3 Strumenti di diritto internazionale *ad hoc* per il contrasto al traffico di migranti via mare**

Come notato in precedenza, la Convenzione di Montego Bay non contiene alcun riferimento specifico al contrasto al traffico di migranti via mare, sebbene l'UNCLOS innegabilmente abbia influenzato una serie di strumenti internazionali e nazionali in materia sviluppatisi successivamente, e sui quali ci si concentrerà nel presente e nei seguenti paragrafi.

Nell'analisi delle misure volte a contrastare il traffico di migranti via mare è importante fare luce su un concetto sempre più ricorrente, come verrà in luce nel capitolo quarto del presente lavoro, ossia il potere di *interception* (o *interdiction*) delle navi in mare. Ora, dal momento che non è data alcuna definizione giuridica di tale concetto, nel contesto del contrasto al traffico di migranti esso genericamente ricomprende una serie di misure differenti volte a prevenire la partenza di una nave o, più spesso, ad assumere il controllo su una nave in modo tale da interrompere la sua

rotta<sup>307</sup>. L'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), per esempio, con il termine *interception* mira a definire “one of the measures employed by States to: i. *prevent* embarkation of persons on an international journey; ii. *prevent further onward* international travel by persons who have commenced their journey; or iii. *assert control* of vessels where there are reasonable grounds to believe that the vessel is transporting persons contrary to international or national maritime law” (corsivo aggiunto)<sup>308</sup>.

Nota parte della dottrina che il concetto di “*interception*” potrebbe essere inteso come l'equivalente, in mare, delle misure coercitive di applicazione del diritto operate a terra: così come le forze di polizia esercitano il potere di fermare, perquisire, arrestare una persona o sequestrarne i beni tramite operazioni condotte a terra, così, nel contesto marittimo, uno Stato ha facoltà di fermare, abbordare e ispezionare un'imbarcazione ed effettuare l'arresto delle persone, del natante o del suo carico<sup>309</sup>. Molti degli aspetti giuridicamente rilevanti per l'analisi di tale concetto, dunque, rimandano ai principi di giurisdizione a cui si è fatto ampio riferimento nei paragrafi precedenti.

Ora, prima di ritornare al Protocollo per il contrasto al traffico di migranti via terra, via mare e via aria, e in particolare alla parte, precedentemente tralasciata, relativa alle misure che gli Stati sono tenuti ad adottare per il contrasto allo *smuggling* via mare, è necessario fare un passo indietro per considerare la Circolare adottata dall'IMO<sup>310</sup> nel 1998<sup>311</sup>. Tale circolare, in realtà una classica raccomandazione non vincolante e poi

---

<sup>307</sup> Cfr. M. TONDINI, *The Legality of Intercepting Boat People under Search and Rescue and Border Control Operations with Reference to Recent Italian Interventions in the Mediterranean Sea and the ECtHR Decision in the Hirsi Case*, in *The Journal of International Maritime Law*, vol. 18, No. 1, 2012, pp. 59-74.

<sup>308</sup> UN High Commissioner for Refugees Executive Committee, *Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures*, Doc. No. 97 (LIV) – 2003, 10 ottobre 2003.

<sup>309</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 408; e D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Londra, 2009, p. 9.

<sup>310</sup> La *International Maritime Organization* (IMO) viene istituita tramite la Convenzione istitutiva della Organizzazione marittima internazionale, conclusa a Ginevra il 6 marzo 1948. Essa è volta a promuovere la cooperazione marittima tra i Paesi membri e a garantire la sicurezza della navigazione e la protezione dell'ambiente marino. Compito principale dell'IMO, a cui aderiscono attualmente 170 Paesi, è stimolare l'elaborazione e l'adozione di convenzioni ed accordi su materie relative alla navigazione ed al trasporto via mare dei passeggeri e delle merci, nonché alle garanzie di trattamento degli equipaggi. L'Italia fa parte del Consiglio dell'organizzazione e contribuisce al funzionamento dell'IMO con una quota pari al 2% del bilancio della stessa (informazioni reperibili in [www.esteri.it/](http://www.esteri.it/)) Per informazioni dettagliate su IMO consultare il sito [www.imo.org](http://www.imo.org).

<sup>311</sup> IMO, “*Interim measures for combating unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea*”, MSC/896, 11 dicembre 1998.

recepita interamente nel Protocollo di Palermo, ha rappresentato, infatti, una tappa fondamentale per l'adozione di alcune parti non secondarie del Protocollo stesso.

Le disposizioni della Circolare miravano a preconstituire dei meccanismi di intervento a favore degli Stati in grado, in via principale, di ridurre la pericolosità delle pratiche connesse con il trasporto marittimo di migranti e, indirettamente, di arginare il traffico marittimo di migranti<sup>312</sup>. Di rilievo, oltre ai doveri di cooperazione e di informazione a carico degli Stati, è l'art. 12, il quale prevede l'obbligo per la nave dello Stato costiero, che si accinga ad esercitare azioni di controllo e di coercizione nei confronti di una nave sorpresa nel compimento di un'attività pericolosa, di contattare preventivamente le competenti autorità dello Stato della bandiera da questa inalberata, in primo luogo per avere conferma dell'appartenenza della nave ad esso e, successivamente, per ottenere una preventiva autorizzazione all'eventuale esercizio di misure di coercizione. Tra le misure in questione, si fa riferimento, per esempio, all'abbordaggio, all'ispezione della nave e al compimento di una visita di sicurezza.

Se dalle attività di indagine svolte emerge il coinvolgimento della nave in pratiche pericolose, poi, lo Stato di bandiera potrà autorizzare lo Stato richiedente ad adottare “*appropriate action with respect to the ship, persons and cargo on board*” (corsivo aggiunto). Tale riferimento a “misure appropriate”, recepito peraltro in maniera identica all'interno del Protocollo, appare estremamente generico e avrebbe necessitato di essere chiarito ulteriormente. L'unico criterio a cui parte della dottrina rimanda è il principio di ragionevolezza, o appropriatezza, al quale in ogni caso devono conformarsi le modalità di esercizio delle misure di contrasto<sup>313</sup>. In forza di tale principio, dunque, le azioni coercitive poste in essere dallo Stato costiero, a prescindere dalla loro concreta individuazione, dovranno essere proporzionate in relazione all'esigenza di garantire la sicurezza della vita umana in mare. Tale criterio svolge un ruolo importante anche riguardo al corretto bilanciamento, sul quale si insisterà nel prosieguo del presente capitolo, tra l'esigenza di rispettare le prerogative dello Stato di bandiera, nei confronti della nave iscritta nei propri registri, e quella

---

<sup>312</sup> Al par. 3, la Circolare definisce lo scopo con cui è stata redatta, ossia “to promote awareness and co-operation among Contracting Governments of the Organization so that they may address more effectively unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea which have an international dimension”. Sul punto si veda M. CARTA, *op. cit.*, v. sopra nota 282, p. 99.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 100.

dello Stato costiero di contrastare con ogni mezzo lecito attività pericolose connesse con il trasporto di migranti verso le proprie coste.

### *2.3.1 Le disposizioni del Protocollo di Palermo rivolte nello specifico al contrasto allo smuggling via mare*

La Circolare dell'IMO, proprio a causa dei limiti insiti nelle finalità che essa si poneva, ossia garantire la sicurezza della navigazione e, solo indirettamente, contrastare il trasporto di migranti irregolari, non poteva essere ritenuta una guida sufficiente per una lotta effettiva allo *smuggling* di migranti via mare. È a questo punto, dunque, che entra in gioco il Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo, della cui formazione e delle cui previsioni in contrasto al traffico si è profusamente trattato nel precedente capitolo.

Si giunge, dunque, ora all'analisi della parte seconda del Protocollo, dedicata nello specifico al crimine di traffico perpetrato per via marittima, che si apre, all'art. 7, con gli obblighi di cooperazione, "to the fullest extent possible", per prevenire e punire il traffico di migranti via mare "in accordance with the international law of the sea". Tramite l'art. 8, il Protocollo entra nel merito delle azioni esperibili per contrastare il traffico, le quali variano chiaramente in funzione dei rapporti che intercorrono tra lo Stato che interviene e la posizione giuridica della nave. Così "a State Party that has *reasonable grounds* to suspect that a vessel that is flying its flag or claiming its registry, that is without nationality or that, though flying a foreign flag or refusing to show a flag, is in reality of the nationality of the State Party concerned is engaged in the smuggling of migrants by sea may request the assistance of other States Parties in suppressing the use of the vessel for that purpose" (corsivo aggiunto) (art. 8, par.1). Di conseguenza, gli Stati che hanno ricevuto tale richiesta hanno l'obbligo di fornire assistenza, nei limiti delle proprie possibilità (*to the extent possible*), come previsto non solo dall'art. 8 ma anche, più in generale, dall'art. 7 di cui sopra.

È importante notare che tutte le disposizioni delineate all'art. 8 subordinano l'adozione di qualsiasi misura alla sussistenza di "reasonable grounds to suspect" che una nave sia coinvolta in tali traffici. Ancora una volta, fa riflettere la portata generale dell'espressione, che lascia ampio margine di discrezionalità allo Stato che interviene. Una seconda ipotesi disciplinata dall'art. 8 si ha nel caso di intervento di uno Stato in relazione ad una nave che batta la bandiera o sia iscritta nei registri di un altro Stato.



In questo caso lo Stato, stanti i requisiti precedentemente elencati, “may so notify the flag State, request confirmation of registry and, if confirmed, request authorization from the flag State to take *appropriate measures* with regard to that vessel” (corsivo aggiunto). Tali misure appropriate, sul calco di quanto disposto dalla Circolare IMO, prevedono, a titolo esemplificativo, la possibilità di: fermare la nave; ispezionare la nave; e, “*if evidence is found that the vessel is engaged in the smuggling of migrants by sea*” (corsivo aggiunto), prendere le misure opportune (*appropriate measures*) in relazione a tale nave, alle persone e al carico a bordo, sulla base dell’autorizzazione rilasciata dallo Stato di bandiera (art. 8, par. 2).

Il Protocollo prevede, poi, all’art. 9, talune clausole di salvaguardia che gli Stati devono rispettare nel momento in cui adottano misure coercitive nei confronti di una nave, tra cui: accertare la sicurezza e il trattamento umano delle persone a bordo; tenere in considerazione le necessità di non danneggiare la nave o il suo carico, né gli interessi commerciali o legali dello Stato di bandiera o di altri Stati coinvolti; assicurare, “within available means” che qualsivoglia misura adottata nei confronti della nave tenga in dovuta considerazione l’ambiente (par. 1). Inoltre, qualora i motivi che hanno condotto a intraprendere dette misure si dimostrino infondati “the vessel shall be compensated for any loss or damage that may have been sustained, provided that the vessel has not committed any act justifying the measures taken” (par. 2), in conformità con le previsioni analoghe dell’art. 110 della Convenzione di Montego Bay. È necessario, peraltro, che le misure intraprese non interferiscano con “the rights and obligations and the exercise of jurisdiction of coastal States in accordance with the international law of the sea” e non impediscano alle autorità dello Stato di bandiera “to exercise jurisdiction and control in administrative, technical and social matters involving the vessel” (par. 3). In conformità, ancora una volta, con quanto stabilito dall’UNCLOS, poi, qualsivoglia misura deve essere adottata “only by warships or military aircraft, or by other ships or aircraft clearly marked and identifiable as being on government service and authorized to that effect” (par. 4).

Da una prima analisi, le previsioni adottate dal Protocollo appaiono conformi a quanto prevede l’UNCLOS in materia di giurisdizione sulle navi in alto mare, in quanto il potere di intervento di uno Stato è limitato alle navi che abbiano la nazionalità dello stesso o che siano prive di nazionalità. Nel caso di navi battenti bandiera straniera, invece, la possibilità di intervento è subordinata, come detto, all’autorizzazione di tale Stato, che ha facoltà di decidere anche l’ampiezza e il genere di misure adottabili. Il

Protocollo esclude, dunque, oltre al diritto di visitare una nave straniera senza autorizzazione, anche la possibilità per lo Stato che “visita” una nave straniera in alto mare di intervenire su di essa, per quanto appurato il suo coinvolgimento in operazioni dedite al traffico di migranti, a prescindere dall’autorizzazione dello Stato di bandiera. I riferimenti all’imprescindibilità dell’ottenimento di un’autorizzazione da parte dello Stato di bandiera per lo Stato che interviene, da un lato, e il dovere di fornire informazioni e cooperare a carico dello Stato richiesto, dall’altro, rappresentano due elementi ricorrenti all’interno del Protocollo. Un’unica eccezione, per ovvi motivi, è ritrovabile al par. 7, relativo all’ipotesi di intervento di uno Stato su una nave che non batte bandiera di alcuno Stato, o assimilabile a una nave priva di nazionalità. In tal caso, sempre sulla base di ragionevoli motivi di credere che la nave in oggetto sia coinvolta nel traffico di migranti, lo Stato “may board and search the vessel”; e se vi è conferma di tale coinvolgimento, “*shall take appropriate measures in accordance with relevant domestic and international law*” (corsivo aggiunto). Ancora una volta, come anticipato, non è chiaro a quali misure il Protocollo faccia specifico riferimento, né esso aggiunge elementi chiarificatori in merito in altre sue parti, e nemmeno nella relativa guida legislativa. Inoltre, come notano alcuni autori, il rimando al diritto interno, da un lato, amplia ulteriormente il potere discrezionale dello Stato che interviene, dall’altro, se riferito a ordinamenti che nulla prevedono a tal proposito, apre le porte a un pericoloso vuoto legislativo<sup>314</sup>.

Volgendo lo sguardo al diritto internazionale vigente, d’altro canto, esso non aiuta a fornire le risposte adeguate dal momento che, come emerso nel precedente paragrafo, le norme di diritto consuetudinario in materia si limitano a prevedere che la nave priva di bandiera, o battente bandiera che non è autorizzato a inalberare, è soggetta al controllo e all’interferenza in alto mare da parte di qualsiasi potenza marittima, in quanto soggetta alla giurisdizione di tutti gli Stati, senza però definire ulteriormente i poteri coercitivi di detti Stati intervenienti.

---

<sup>314</sup> Cfr. M. CARTA, *op. cit.*, v. sopra nota 285, pp. 105-106.

### 2.3.1.1 L'esercizio di poteri coercitivi su navi prive di nazionalità coinvolte nel traffico di migranti: il caso *Cecil Pamuk*

Limitandosi, dunque, a quanto espressamente previsto dagli strumenti di diritto internazionale ad oggi in vigore, è opinione condivisa da diversi autori, in contrasto con le tesi precedentemente riassunte, che le misure di contrasto alla nave priva di nazionalità in alto mare, e coinvolta nel traffico di migranti, debbano limitarsi al diritto di visita, non essendovi alcun riferimento alla possibilità di procedere al sequestro, alla cattura e alla conduzione coatta in un porto nazionale. Rimangono tuttavia aperte, in tale contesto, le facoltà di intervento connesse al diritto di inseguimento ed eventualmente alla presenza costruttiva, se considerata quale istituto distinto dal diritto di inseguimento ex art. 111 UNCLOS<sup>315</sup>.

Particolarmente degno di nota, in tal senso, è il caso *Cecil Pamuk*, che ha interessato le coste italiane e sul quale si è pronunciato, con sentenza del 27 settembre 2002, il Tribunale di Crotone<sup>316</sup>.

La vicenda riguardava due motopescherecci trasportanti migranti irregolari e privi di bandiera situati in acque internazionali, a circa 100 m.n. dalle coste italiane. Una volta interrotto l'avvicinamento alla costa, ma pur sempre in acque internazionali, le due navi effettuavano il trasbordo delle persone trasportate da un'imbarcazione all'altra, per poi riprendere la rotta in direzione del territorio italiano per un primo tratto, fino a quando l'imbarcazione priva di carico invertiva la rotta per ritornare in mare aperto. Tale operazione era stata seguita dalla Guardia di Finanza italiana che, dopo aver intimato al peschereccio in allontanamento di fermarsi, lo sottoponeva a visita ex art. 110 UNCLOS, mentre la seconda imbarcazione, con a bordo 353 migranti irregolari, veniva raggiunta, soccorsa e scortata nel porto di Crotone. Nel corso degli

---

<sup>315</sup> *Ibidem*; cfr. anche A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 422 e ss.; D. GUILFOYLE, *op. cit.*, v. sopra nota 309, p. 17; R. R. CHURCHILL, A. V. LOWE, *op. cit.*, v. sopra nota 275, p. 214; e P. MALLIA, *Migrant Smuggling by Sea*, Oxford, 2009, p. 69.

<sup>316</sup> Sentenza del Tribunale di Crotone del 12 settembre 2001, n. 1118. Per un commento alla sentenza si rimanda a L. SCHIANO DI PEPE, *Diritto internazionale e traffico di migranti per mare: alcune brevi note*, in *Il Diritto marittimo*, 2003, p. 906 e ss.; e ai contributi di I. PAPANICOLOPOLU, *Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione*, A. ANTONUCCI, P. CAIAZZA E M. FANTINATO, *L'evoluzione delle norme di diritto internazionale in tema di interventi di polizia in alto mare, con particolare riguardo alle operazioni aeronavali della Guardia di Finanza nel contrasto ai traffici di migranti nel Mediterraneo*, in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPOLU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016.

accertamenti e della visita al peschereccio in allontanamento venivano trovati dalle autorità italiane segni inequivocabili del suo coinvolgimento in attività dedite allo *smuggling* di migranti: l'imbarcazione veniva dunque "catturata" e condotta in acque territoriali italiane, e infine in porto. E proprio questi poteri di cattura esercitati dall'Italia hanno sollevato interrogativi in relazione alla loro liceità alla luce del diritto internazionale: il fermo e la cattura, infatti, sono stati effettuati benché il peschereccio si trovasse in acque internazionali, e nonostante l'imbarcazione con a bordo i migranti non avesse ancora raggiunto le acque territoriali italiane. Secondo le regole esplicitamente vigenti, compreso il Protocollo di Palermo, infatti, l'Italia avrebbe dovuto procedere al solo diritto di visita.

Il Tribunale di Crotone, in realtà, non si è pronunciato sui presupposti della cattura, limitandosi a richiamare l'art. 110 UNCLOS, che nella fattispecie avrebbe trovato fondata applicazione in virtù dell'assenza di immatricolazione e di bandiera del peschereccio. Se tale riferimento, limitato al diritto di visita, appare senz'altro condivisibile, come notano alcuni autori, lascia perplessi la totale assenza di argomentazioni circa la legittimità delle misure coercitive adottate dalla Guardia di Finanza<sup>317</sup>.

La fattispecie in oggetto rappresenterebbe, infatti, un tipico caso nel quale non può soccorrere nessuna delle norme internazionali utilizzabili per intervenire in alto mare su di una nave straniera o senza nazionalità: non il diritto di inseguimento, in quanto l'altro peschereccio, quello con i migranti a bordo, non aveva ancora fatto ingresso nel mare territoriale al momento dell'inizio dell'inseguimento da parte delle autorità italiane della nave in allontanamento; né sembra possibile far rientrare tale caso nell'ipotesi di presenza costruttiva, se si considera come valida l'ipotesi che essa altro non sia se non un istituto del diritto di inseguimento, e si escluda, di conseguenza, l'interpretazione funzionalistica adottata dal Conforti. La possibilità di arrestare navi straniere dalle quali avviene il trasbordo di migranti e che restano in alto mare, infatti, è subordinata alla commissione, da parte delle navi "ausiliarie", di reati nel mare territoriale, cosa che, come detto, al momento della cattura della nave madre non si era ancora realizzata, essendosi verificato l'ingresso nel mare territoriale solo successivamente.

---

<sup>317</sup> Cfr. M. CARTA, *op. cit.*, v. sopra nota 285, p. 108 e ss.

In alternativa, come considerato da alcuni autori, il ragionamento del Tribunale di Crotone implicitamente avrebbe basato il nesso di giurisdizione dell'Italia sul criterio protettivo, ossia sul fatto che la condotta degli imputati fosse volta a ledere gli interessi dello Stato italiano, applicando, dunque, l'art. 15, par. 2 lett. C della Convenzione di Palermo. Condividendo la legittimità dell'operato della Guardia di Finanza, infatti, il Giudice ha sostenuto che “per come si è svolta l'operazione di p.g. del 26 agosto 2001, è indubbio il collegamento tra il trasbordo di extracomunitari dal primo al secondo motopeschereccio e il ruolo di coloro che sono stati trovati a bordo della prima imbarcazione, che dopo il trasbordo si è diretta in direzione opposta rispetto alle coste crotonesi. Non si può, dunque, non presumere che gli undici imputati abbiano diretto ed eseguito quel trasbordo perseguendo un interesse diverso da quello dei 353 clandestini il cui unico scopo era approdare in Italia”.

È tuttavia necessario considerare che nemmeno l'art. 8, par. 7 del Protocollo espande esplicitamente i diritti degli Stati su navi prive di bandiera coinvolte nel traffico di migranti in alto mare oltre il solo diritto di visita. Pertanto, si può affermare che non vi siano norme internazionali, siano esse consuetudinarie o pattizie, che autorizzino il dirottamento e la cattura di tali navi in acque internazionali, a meno che non si ritenga che il diritto consuetudinario consenta l'esercizio del potere di governo sulle navi prive di nazionalità, come almeno una parte della dottrina ritiene.

#### 2.3.1.2 *Segue*. La sentenza della Corte di Cassazione n. 14510: sì alla giurisdizione italiana anche se abbandonati in alto mare

Alla luce di quanto finora stabilito, particolarmente rilevante appare una sentenza della Corte Suprema di Cassazione italiana del 28 febbraio 2014, trovatasi a decidere circa la sussistenza della giurisdizione italiana in riferimento a condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare destinate, sin dall'inizio, ad esaurirsi oltre il limite delle acque territoriali nazionali<sup>318</sup>.

Nel caso di specie, risultava accertato che l'imputato, H. H., fosse membro dell'equipaggio di una motonave con la quale un'associazione criminale operante in

---

<sup>318</sup> Cass., sez. I pen., 28 febbraio 2014 (dep. 27 marzo 2014), n. 14510. Per un'analisi della sentenza in oggetto, si veda anche A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 giugno 2014.

Libia aveva organizzato un trasporto di stranieri irregolari in direzione delle coste italiane. Sulla base di testimonianze di alcuni profughi siriani oggetto del traffico in questione, H. H. avrebbe poi preso il comando di un gommone sul quale in seguito, in acque internazionali, erano stati trasbordati i migranti trafficati per compiere la seconda, e ultima, parte del viaggio, interrottasi tuttavia ben presto a causa del soccorso prestato da una nave battente bandiera liberiana, la quale aveva condotto i migranti in Italia. Il soccorso si era reso necessario poiché il gommone era risultato chiaramente inidoneo (privo di carburante, cibo e acqua sufficienti) a compiere il tratto di traversata restante; pertanto, il trasbordo dalla motonave appariva preordinato non tanto all'effettivo raggiungimento delle coste italiane da parte della seconda imbarcazione, quanto ad innescare procedure di soccorso in mare da parte di navi terze, in modo da raggiungere, sebbene in via alternativa, il fine di condurre gli irregolari sul territorio italiano. Sulla base di tali considerazioni, il gip del Tribunale di Catania, in data 9 settembre 2013, contestava all'imputato, da un lato, la partecipazione al reato associativo di cui all'art. 416 c.p., dall'altro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ai sensi dell'art. 12 T.U. sull'immigrazione.

Il Tribunale del riesame di Catania, tuttavia, con ordinanza del 12 ottobre 2013, annullava l'ordinanza di custodia cautelare in carcere a carico di H.H, in quanto ritenuta non sussistente la giurisdizione dello Stato italiano sui fatti in causa, essendosi esaurito ogni elemento delle relative condotte al di fuori del territorio nazionale<sup>319</sup>.

La Corte di Cassazione, intervenuta a seguito del ricorso presentato dalla procura Distrettuale della Repubblica di Catania, ha invece affermato la sussistenza della giurisdizione italiana, soffermandosi in particolare sul fatto che parte della condotta doveva ritenersi consumata in territorio nazionale. In primo luogo, infatti, la Corte individua nel caso in oggetto un piano preordinato, confermato dalla “*serialità* del coinvolgimento di una nave madre proveniente da paesi dell'area nord africana che mentre attraversa le acque internazionali viene affiancata da più piccole imbarcazioni, senza bandiera, cui viene rimessa, nella pianificazione complessiva, la realizzazione del risultato (sbarco sulle coste italiane) non prima che venga operato il trasbordo di

---

<sup>319</sup> Per quanto riguarda, in particolare, il reato di cui all'art. 12 T.U. imm., il Tribunale escludeva la giurisdizione basandosi sulla considerazione che si trattasse: “di condotta commessa in acque internazionali e maltesi, non potendosi ravvisare come consumato nel nostro Stato neppure un segmento della condotta illecita in senso naturalistico, così da poter ritenere la giurisdizione italiana secondo il disposto dell'art. 6 c.p., essendosi esaurita in acque extraterritoriali ogni condotta ascrivibile all'indagato”.

migranti e che venga lanciata la richiesta di aiuto, più che giustificata in ragione delle condizioni del natante e delle condizioni del mare” (corsivo aggiunto). Alla luce di questo, la Corte considera l’intervento dei servizi di soccorso in mare, in quanto attivato da un rischio opportunamente strumentalizzato, come “un tassello essenziale e pianificato di una concatenazione articolata di atti che non può essere interrotta o spezzata nella sua continuità”, e che per tale ragione si pone “in diretta derivazione causale” rispetto all’azione criminale di abbandonare in mare i migranti in attesa dei soccorsi.

Nel prosieguo del suo ragionamento, la Corte, ribadendo il dovere di intervento in alto mare ai sensi delle Convenzioni internazionali sul diritto del mare<sup>320</sup>, “anche una volta avuta contezza dell’illiceità dell’immigrazione”, lega idealmente la condotta posta in essere in acque extraterritoriali a quella da consumarsi nel mare territoriale e afferma che “l’azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) è da ritenere ai sensi dell’art. 54 c.p., comma 3, in termini di *azione dell’autore mediato*, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno *stato di necessità provocato e strumentalizzato* dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e quindi sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente questi abbiano operato solo in ambito extraterritoriale” (corsivo aggiunto). Per tale ragione, anche l’azione di soccorso deve essere imputata all’organizzatore e attuatore del viaggio, e dunque anche all’indagato, “secondo il principio *causa causae est causa causati*”.

Il ragionamento della Corte, a parere di chi scrive del tutto coerente con il reale *modus operandi* delle organizzazioni coinvolte nei traffici di migranti nell’area del Mediterraneo, scioglie qualsivoglia dubbio di coerenza rispetto alla sua giurisprudenza antecedente richiamando un proprio precedente del 2003<sup>321</sup>. In tale occasione, era stata negata la giurisdizione per il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina nel caso di un mercantile greco nel quale si erano nascosti alcuni stranieri irregolari, poi scoperti, i quali erano stati fatti sbarcare su territorio italiano per decisione del comandante della nave. In tal caso, come osserva la Corte, lo sbarco dei migranti era da ricondurre “non già allo stratagemma operato dal trasportatore, bensì dalla decisione del comandante”, e dunque si era configurata un’interruzione del decorso causale della condotta di favoreggiamento, la quale risultava così essersi esaurita in

---

<sup>320</sup> Al dovere di prestare soccorso in mare sarà dedicato il successivo paragrafo.

<sup>321</sup> Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583.

acque internazionali, mentre nel caso di H.H. non si era verificata alcuna deviazione dal programma criminoso, dal momento che l'intervento dei soccorritori era stato previsto e voluto dai trafficanti.

La Cassazione ha mantenuto la stessa linea anche in seguito, quando, con ordinanza n. 3345/15 del 23 gennaio 2015 ha accolto, in parte, il ricorso del Procuratore della Repubblica del tribunale di Catania chiarendo i requisiti per la sussistenza della giurisdizione italiana per fatti avvenuti in alto mare. Nel caso di specie, il Tribunale di Catania aveva annullato la misura cautelare in carcere per il reato di naufragio nei confronti di un indagato accusato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e omicidio colposo. Erano morti 17 migranti che si trovavano a bordo di un'imbarcazione stracolma, che conteneva 234 persone, e che al momento dell'intervento delle autorità italiane si trovava in acque internazionali. Per il pubblico ministero si doveva imputare al comandante il reato di naufragio doloso considerando che il disastro era non solo possibile ma anche altamente probabile.

La Suprema Corte, che ha chiesto ai giudici di primo grado la riqualificazione del fatto, ha ribadito che, nonostante il naufragio fosse avvenuto in acque internazionali e riguardasse una nave salpata dalle coste africane con a bordo migranti, la condotta terminale si era verificata sul territorio italiano con lo sbarco dei migranti. Pertanto sussisteva la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e anche per gli altri reati in ragione della stretta connessione con quello principale. A ciò la Corte aggiungeva che l'intervento di soccorso era un atto dovuto in base alla Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare<sup>322</sup>.

### *2.3.2 Gli accordi bilaterali tra Stati quale base per operazioni coercitive in alto mare*

Le norme regolanti l'attribuzione della giurisdizione agli Stati nelle diverse aree marittime, così come definite dall'UNCLOS e, nel contesto specifico del contrasto al traffico di migranti, dal Protocollo di Palermo, sono passibili di modifiche attraverso l'adozione di accordi multilaterali o bilaterali tra Stati. Una specifica disposizione a

---

<sup>322</sup> Per un'analisi completa della giurisprudenza italiana in materia di interventi di polizia in alto mare si rimanda a A. ANTONUCCI, P. CAIAZZA, M. FANTINATO, *L'evoluzione delle norme di diritto internazionale in tema di interventi di polizia in alto mare*, in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016, p. 109 e ss.



riguardo è contenuta all'art. 8, par. 5 del Protocollo per il contrasto al traffico di migranti: “[...] a State Party shall take no additional measures without the express authorization of the flag State, except those necessary to relieve imminent danger to the lives of persons *or those which derive from relevant bilateral or multilateral agreements*” (corsivo aggiunto).

Il Protocollo, in realtà, fa un passo ulteriore in tal senso, non solo accettando ma anche incentivando gli Stati a stipulare tale tipo di accordi: “States Parties shall consider the conclusion of bilateral or regional agreements or operational arrangements or understandings aimed at: (a) establishing the most appropriate and effective measures to prevent and combat the conduct set forth in article 6 of this Protocol; or (b) enhancing the provisions of this Protocol among themselves” (art. 17). Tale richiesta, che il protocollo rivolge espressamente agli stati, è volta a facilitare la cooperazione tra di essi, aumentare la responsabilità e ridurre il rischio di “aree sicure” che favoriscano l’impunità<sup>323</sup>.

Tralasciando per il momento le considerazioni inerenti le criticità che tale tipo di accordi porta con sé, in relazione sia al loro *status* giuridico sia alle implicazioni inerenti all’effettiva tutela dei diritti umani delle persone coinvolte, e di cui si tratterà nello specifico nei successivi capitoli del presente lavoro, è utile operare ora una breve ricognizione delle tipologie di accordi che possono essere stipulati dagli Stati al fine di contrastare il traffico di migranti via mare.

In primo luogo, vi sono quelli che alcuni autori<sup>324</sup> definiscono come *ship riders arrangements*, ossia gli accordi che permettono a un funzionario dello Stato di origine, o in cui avviene l’imbarco (Stato A), di essere ammesso a bordo della nave dello Stato che è coinvolto in operazioni volte a prevenire l’ingresso di migranti irregolari nel proprio territorio (Stato B). Il funzionario dello Stato A può autorizzare il fermo della nave trasportante migranti illegali nelle sue acque territoriali, facendo rispettare le leggi vigenti, appunto, nello Stato A. In altri casi, poi, tali accordi possono essere adottati per far sì che lo Stato B possa esercitare poteri coercitivi sulle navi battenti

---

<sup>323</sup> Come si legge nella Guida legislativa al Protocollo, infatti: “The main concern of the international community is that no serious crimes go unpunished and that all parts of the crime are punished wherever they took place. Jurisdictional gaps that enable fugitives to find safe havens need to be reduced or eliminated”, (p. 104, par. 210).

<sup>324</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 440.

bandiera dello Stato A, siano esse intercettate in qualsivoglia area marittima, compreso l'alto mare.

Una seconda tipologia di accordi, che verranno analizzati nel dettaglio al capitolo terzo, sono i c.d. “pattugliamenti congiunti” (*joint patrols*), di cui un esempio calzante è fornito dall'accordo bilaterale tra Italia e Libia del 2007<sup>325</sup>. Secondo i termini dell'accordo, le due Parti promuovevano la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle capacità tecnologiche necessarie, e un pattugliamento con equipaggi misti con motovedette messe a disposizione dall'Italia; inoltre, i funzionari della polizia italiana fornivano alla controparte libica la formazione, la guida e l'assistenza tecnica necessarie per il corretto utilizzo e gestione delle navi. Le operazioni di sorveglianza, e di ricerca e soccorso in mare, dovevano essere condotte nelle aree di partenza e di transito delle navi trasportanti migranti illegali, sia nelle acque territoriali libiche sia in quelle internazionali e dovevano attenersi sia ai principi generali di diritto internazionale sia alle procedure operative stabilite dai due Stati (art. 19 del Trattato)<sup>326</sup>.

Nell'ambito dei *joint patrols*, poi, sono da annoverare i pattugliamenti congiunti coordinati, la cui massima espressione è realizzata nell'ambito dell'Agenzia dell'Unione europea per il controllo delle frontiere esterne (FRONTEX)<sup>327</sup>, a cui verrà dedicata ampia attenzione al capitolo quarto del presente lavoro.

Come ultima ipotesi, vi è il caso in cui uno Stato costiero o di bandiera decide, tramite gli accordi discussi sopra, di permettere a un altro Stato di imporre divieti anche in aree di norma sottoposte alla giurisdizione del primo. Ad esempio, lo Stato costiero

---

<sup>325</sup> Accordo eseguito con la Legge 6 febbraio 2009, n.7: *Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008*, in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie generale n.40.

<sup>326</sup> L'accordo tra Italia e Libia del 2007 è stato citato, per il momento, a puro scopo esemplificativo. Per un'analisi dettagliata degli accordi bilaterali rilevanti, finanche i più recenti, adottati dagli Stati, in ambito europeo, per il contrasto al traffico di migranti si rimanda al capitolo 3.

<sup>327</sup> L'Agenzia FRONTEX è stata istituita tramite *Council Regulation (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union*, OJ L 349/1, 25 novembre 2004. Tale regolamento è stato poi emendato tramite *Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a mechanism for the creation of a Rapid Border Intervention Teams and amending Council Regulation (EC) No 2007/2004*; e poi ancora tramite *Regulation (EU) No 1168/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 amending Council Regulation (EC) No 2007/2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union*, OJ L 304/1, 22 novembre 2011.

potrebbe acconsentire a che un altro Stato entri nelle sue acque territoriali per impedire che i migranti vengano trafficati in tale area. D'altro canto, come più volte ribadito nel presente studio, è il Protocollo di Palermo stesso a incentivare gli Stati a prestarsi assistenza gli uni con gli altri, per impedire l'utilizzo di navi ai fini di *smuggling*, "to the extent possible within [its] means"<sup>328</sup>.

## 2.4 L'obbligo in capo agli Stati di prestare soccorso in mare

Finora si è tentato di fornire un quadro dei diritti che gli Stati possono esercitare nelle varie aree marittime soggette o meno alla loro giurisdizione. È giunto il momento, dunque, di volgere lo sguardo a un aspetto altrettanto importante e controverso, ossia i doveri che gli Stati hanno nei confronti delle navi o delle persone che vengono trovate in difficoltà in mare, a tutela delle quali il diritto internazionale pone in capo agli Stati obblighi di soccorso e assistenza.

A tal proposito, ritornando al concetto di *interception*, già menzionato in precedenza, appare utile sottolineare la differenza tra l'attività di intercettazione in mare, che generalmente si configura come un'azione di polizia ad opera di navi in servizio di Stato, e che in quanto tale contempla un elemento proattivo, e le operazioni di soccorso, concernenti la mera assistenza nei confronti di persone colte in difficoltà o in pericolo in mare<sup>329</sup>. Tuttavia, se le attività di intercettazione sono mosse dall'intento iniziale di esercitare il controllo su una nave, e non di assisterla, è innegabile che spesso, in particolare in materia di contrasto al traffico di migranti, le due attività tendono a sovrapporsi: può accadere, infatti, che una nave impiegata in attività di intercettazione delle imbarcazioni utilizzate dai trafficanti si trovi poi chiamata a soccorrere e prestare assistenza allo stesso natante o alle persone che, nella peggiore delle ipotesi, si trovano in mare in pericolo di vita.

L'obbligo di prestare soccorso in mare trova piena esplicazione nella Convenzione di Montego Bay, attraverso l'art. 98, par. 1 CNUDM, secondo il quale:

1. Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers: (a) to

---

<sup>328</sup> Art. 8, par. 1 del Protocollo.

<sup>329</sup> Cfr. J. VAN SELM, B. COOPER, *The New 'Boat People': Ensuring Safety and Determining Status*, report del *Migration Policy Institute*, 2006, reperibile in [www.migrationpolicy.org](http://www.migrationpolicy.org).

*render assistance to any person found at sea in danger of being lost; (b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him; (c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call.*

2. Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective *search and rescue service* regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighboring States for this purpose (corsivo aggiunto).

È bene notare che, nonostante questa disposizione si inserisca nella Parte VII della Convenzione, relativa ai diritti e doveri delle navi che si trovano nell'alto mare, e dunque in acque internazionali, come si legge alla lett. (a), l'obbligo di prestare soccorso non si limita alle acque internazionali, ma si estende alla zona contigua e alla zona economica esclusiva di uno Stato costiero. Con l'espressione "chiunque sia trovato in mare", la Convenzione infatti non sembra fare riferimento ad un'area geograficamente limitata, in quanto sarebbe discriminatorio ritenere una imbarcazione o delle persone in pericolo degne di ricevere soccorso solo se le loro difficoltà emergono in alto mare<sup>330</sup>.

Per quanto riguarda la fascia di mare territoriale, l'art. 18, par. 2 della Convenzione non pone l'obbligo alla nave in passaggio inoffensivo di prestare soccorso, ma prevede che una nave straniera possa interrompere il proprio passaggio inoffensivo nelle acque territoriali dello Stato costiero, senza commettere alcuna violazione delle norme che regolamentano il passaggio, se tale interruzione è resa necessaria per prestare soccorso a un'imbarcazione in difficoltà o a persone trovate in mare.

---

<sup>330</sup> Cfr. S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

#### 2.4.1 L'obbligo di soccorso e salvaguardia della vita in mare. La Convenzione di Amburgo del 1979

L'obbligo di prestare soccorso in mare era considerato negli anni Settanta, periodo dei primi spostamenti di *boat people* dall'Indocina, da alcuni Stati come obbligo strettamente convenzionale, e quindi riguardante solamente gli Stati che avessero aderito a specifiche Convenzioni in materia, prime tra tutte la Convenzione di Bruxelles per l'unificazione di alcune regole in materia di urto di navi<sup>331</sup> e la Convenzione sulla salvaguardia della vita umana in mare del 1974 (*Convention for Safety of Life at Sea*, da qui Convenzione SOLAS)<sup>332</sup>. La Convenzione SOLAS, in particolare, richiede agli Stati parte “that necessary arrangements are made for distress communication and co-ordination in their area of responsibility and for the rescue of persons in distress at sea around its coasts” (Capitolo V, regola 7) e prevede che “the master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so” (Capitolo V, regola 33).

Le due Convenzioni sopracitate non hanno però evitato il perdurare di episodi di mancato soccorso in mare e, al fine di definire in modo più chiaro chi avesse il compito di intervenire, venne elaborata la Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il salvataggio, meglio nota come convenzione *Search and Rescue* (SAR)<sup>333</sup>, adottata il 27 aprile 1979 ed entrata in vigore il 22 giugno 1985. La Convenzione ha l'obiettivo primario di “intensificare e promuovere le attività di soccorso in mare attraverso lo stabilimento di un piano internazionale di ricerca e salvataggio marittimo”<sup>334</sup> e impegna gli Stati parte, più di novanta attualmente<sup>335</sup>, a concludere i cosiddetti

---

<sup>331</sup> *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage et protocole de signature*, Bruxelles, 23 settembre 1910, entrata in vigore il 1 marzo 1913, il cui art. 8 dispone: “Après un abordage, le capitaine de chacun des navires entrés en collision est tenu, autant qu'il peut le faire sans danger sérieux pour son navire, son équipage et ses passagers, de prêter assistance à l'autre bâtiment, à son équipage et à ses passagers”.

<sup>332</sup> La Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS) consente allo Stato del porto di verificare se la nave battente la bandiera di un altro Stato parte presente nelle proprie acque possiede i certificati per la sicurezza della navigazione richiesti dalla convenzione stessa.

<sup>333</sup> *International Convention on Maritime Search and Rescue*, testo reperibile in 1405 UNTS, n. 23489.

<sup>334</sup> Preambolo alla Convenzione SAR.

<sup>335</sup> Stato delle ratifiche al 6 agosto 2018, reperibile su [www.imo.org](http://www.imo.org).

“accordi SAR” con i Paesi vicini, in modo da regolamentare e coordinare le operazioni di ricerca e di salvataggio delle navi o persone in pericolo nella zona SAR, come indicata dalla Convenzione<sup>336</sup>. Essa prevede, dunque, anche la stipula di accordi regionali per la delimitazione, tra Stati frontisti o contigui aderenti alla Convenzione, delle zone SAR di competenza nazionale relative sia alle acque territoriali, sia alle acque internazionali adiacenti. A tal proposito, è bene tenere presente che la delimitazione di queste zone non è legata a quella delle frontiere marittime esistenti né pregiudica il regime giuridico delle acque secondo la Convenzione del diritto del mare del 1982.

Oltre a fornire un’indicazione pratica relativa alla suddivisione delle zone di competenza tra Stati, la Convenzione SAR introduce un approfondimento di natura terminologica particolarmente rilevante. Innanzitutto, essa definisce il concetto di *distress*, mancante nell’art. 98 UNCLOS, come: “a situation wherein there is a reasonable certainty that a person, a vessel or other craft is threatened by grave and imminent danger and requires immediate assistance”<sup>337</sup> (par.1.3.13). Per quanto riguarda nello specifico il soccorso di migranti in mare, alcuni autori ritengono che le navi sovraccariche e non sicure su cui sono trasportati i profughi rappresentino già di per sé una situazione di *distress*, tale da richiedere l’intervento degli Stati<sup>338</sup>. D’altra parte, notano altri studiosi che, per quanto tale assunto appaia ragionevole, è necessario essere cauti affinché non si dia per assodato a priori che un’imbarcazione richieda di essere soccorsa per il solo fatto di trasportare migranti<sup>339</sup>.

La Convenzione SAR impone poi un preciso obbligo di soccorso e assistenza alle persone in mare, che deve essere portato a termine “regardless of the nationality or

---

<sup>336</sup> Il Capitolo I, art. 1.4 SAR definisce la regione SAR come “an area of defined dimensions associated with a rescue co-ordination centre within which search and rescue services are provided”.

<sup>337</sup> Il concetto di *distress* è stato, nel corso del tempo, approfondito ulteriormente dalla giurisprudenza. Si ricorda, a titolo esemplificativo, il caso *Kate A. Hoff v. The United Mexican States* (General Claims Commission of the United States and Mexico - April 2, 1929), in cui si ritenne che l’imbarcazione: “need not be in such a condition that it is dashed helplessly on the shore or against rocks” e che il fatto “that the vessel may be able to come into port under its own power can obviously not be cited as conclusive evidence that the plea of distress is unjustifiable”.

<sup>338</sup> E. PAPASTAVRIDIS, *Rescuing 'Boat People' in the Mediterranean Sea: The Responsibility of States under the Law of the Sea*, in *Blog of the European Journal of International Law* (May 3L, 20n), reperibile online su [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); P. MALLIA, *Migrant Smuggling by Sea: Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Leida, 2010, p. 96.

<sup>339</sup> D. TESTA, *Safeguarding Human Life and Ensuring Respect for Fundamental Human Rights: a Consequential Approach to the Disembarkation of Persons Rescued at Sea*, in *Ocean Yearbook*, Leida, 2014, pp. 555-609.

status of such a person or the circumstances in which that person is found” (par. 2.1.10). Il fatto che l’intervento non si esaurisca con il mero soccorso, ma che preveda un’assistenza per le persone salvate, si evince ancor più dal dovere in capo agli Stati di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro (*place of safety*)<sup>340</sup>. Le operazioni di salvataggio eseguite in mare non esauriscono, dunque, l’adempimento dell’obbligo di portare soccorso, che si perfeziona solamente nel momento in cui i naufraghi sono fatti sbarcare in un luogo sicuro.

Se le disposizioni elencate finora delineano in modo sufficientemente chiaro i doveri degli Stati, un discorso a parte merita il controllo successivo relativo all’effettiva applicazione di tali norme. L’art. 98, par. 1 dell’UNCLOS, nonché le Convenzioni SOLAS e SAR, come detto, stabiliscono il dovere in capo agli Stati di prestare soccorso in mare: tale obbligo però perde indubbiamente efficacia in mancanza di una norma che imponga agli Stati di inserire all’interno della propria legislazione nazionale delle pene specifiche per i comandanti delle navi che violino l’obbligo di soccorso o non garantiscano un’adeguata assistenza alle persone trovate in difficoltà in mare.

#### 2.4.1.1. La gestione italiana del soccorso in mare. L’adesione alla SAR e il contenzioso con Malta

L’Italia ha dato piena attuazione alla Convenzione di Amburgo mediante la legge di adesione n. 147 del 1989 e il successivo regolamento di attuazione (D.P.R. n.662/1994)<sup>341</sup>, delineando così la struttura organizzativa deputata al soccorso marittimo, il cui vertice è costituito dal Comando Generale del Corpo delle capitanerie di porto presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. L’Italia è stato inoltre il primo Paese a concludere accordi regionali per la delimitazione delle zone SAR: durante la Conferenza di Ancona del 19 maggio 2000 vengono firmati specifici *Memorandum of understanding* sulla cooperazione nelle operazioni di ricerca e soccorso con la Slovenia, la Croazia, l’Albania e la Grecia. I limiti delle zone SAR tra l’Italia e questi Stati sono svincolati dagli accordi di delimitazione della piattaforma

---

<sup>340</sup> Capitolo 1.3.2 Convenzione SAR. Si noti inoltre che il termine “*rescue*” è definito all’Annesso della Convenzione SAR come “an operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety”. Sulle controversie relative alla corretta individuazione del “porto sicuro” in cui far approdare la nave trasportante migranti si rimanda al par. successivo.

<sup>341</sup> In GU Serie Generale n.281 del 1-12-1994.

continentale antecedenti<sup>342</sup>, eccezion fatta per la zona SAR italo – slovena che coincide con la delimitazione delle acque territoriali dei due Paesi nel Golfo di Trieste, stabilita dall'Accordo di Osimo del 10 novembre 1975<sup>343</sup>.

In assenza di accordi di delimitazione tra i Paesi, i limiti delle zone SAR sono concordati nell'ambito dell'Organizzazione Marittima Internazionale. Per quanto riguarda il Mar Mediterraneo, durante la Conferenza IMO di Valencia del 1997, è stato istituito un *General Agreement on a Provisional SAR Plan*, in cui si definiscono i limiti delle zone SAR mediterranee<sup>344</sup>. Un'eccezione a questo processo di definizione concordato delle zone SAR nel Mar Mediterraneo riguarda Malta che, come risulta dal *Global SAR Plan*<sup>345</sup>, elaborato dall'IMO con l'intento di dare informazioni sulle organizzazioni nazionali dei servizi responsabili in materia SAR, ha stabilito unilateralmente la zona SAR di propria competenza. Essa ha un'estensione vastissima (pari a circa 250.000 chilometri quadrati, vale a dire 750 volte il suo territorio e poco meno del territorio italiano) che coincide con la *Flight Information Region (FIR)*<sup>346</sup> e si sovrappone nella parte a nord e a ovest con la corrispondente zona SAR italiana definita con il DPR 664/1994, coprendo addirittura le acque di Lampedusa e Lampione. Inoltre a ovest la zona SAR maltese lambisce le acque territoriali della Tunisia, impedendo così a questo Paese di svolgere in autonomia operazioni SAR a poche miglia dalle proprie coste.

Un caso analogo a quello di Malta si ha nel Mar Egeo, dove la Grecia ha una zona SAR (coincidente anch'essa con la FIR) non riconosciuta dalla Turchia, ma con la differenza fondamentale che la Grecia, grazie ai suoi mezzi aeronavali dislocati sulle numerose isole a ridosso della costa turca, è effettivamente in grado di provvedere ad un efficiente servizio di soccorso. Al contrario i mezzi maltesi, sebbene incrementati negli ultimi anni con l'acquisto, attraverso fondi europei, di quattro motovedette

---

<sup>342</sup> I testi degli accordi fin ora stipulati tra l'Italia e i Paesi frontisti in materia di piattaforma continentale sono reperibili sul sito del Ministero dello Sviluppo Economico [unmig.sviluppoeconomico.gov.it](http://unmig.sviluppoeconomico.gov.it).

<sup>343</sup> Testo reperibile in Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n.77 del 21 marzo 1977.

<sup>344</sup> Cfr. F. CAFFIO, *Glossario di Diritto del mare*, in *Rivista Marittima*, maggio 2007. Reperibile in [www.marina.difesa.it](http://www.marina.difesa.it).

<sup>345</sup> Reperibile, nella sua versione più aggiornata, in [www.imo.org](http://www.imo.org).

<sup>346</sup> La Regione per le Informazioni di Volo è un'area dello spazio aereo internazionale in cui, sulla base delle prescrizioni dell'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile (ICAO), è previsto che gli aeromobili comunichino allo Stato costiero informazioni inerenti il proprio piano di volo, al fine di salvaguardare la sicurezza del traffico aereo. Malta reclama la corrispondenza tra la propria zona FIR e la zona SAR, sebbene non vi sia alcuna normativa che imponga la coincidenza tra le due zone.



provenienti dall’Australia, non sembrano sufficienti a garantire la capacità di azione necessaria ad effettuare soccorsi tempestivi in un’area così vasta. Per questo motivo Malta si è vista costretta più volte a far intervenire mezzi di soccorso italiani in suo aiuto, se non in sua sostituzione<sup>347</sup>, ha assegnato alla Grecia, tramite un accordo, la sorveglianza nell’area più orientale della propria zona, e nel 2008 ha stipulato un *memorandum* di cooperazione SAR con la Libia.

L’arroccarsi di Malta sulle proprie posizioni deriva da interessi economici: La Valletta riceve dall’Unione Europea un aiuto finanziario rapportato all’estensione della propria zona SAR e la frontiera sud di quest’ultima costituisce per più di mille chilometri “il vallo della fortezza d’Europa”<sup>348</sup>. Bisogna tuttavia considerare che l’ostinazione maltese, e il contenzioso con l’Italia che ne deriva, vanno, come nel caso della seconda strage di Lampedusa dell’11 ottobre 2013<sup>349</sup>, a detrimento dei principi inderogabili di garanzia della sicurezza delle persone e di rispetto dei diritti umani, nonché del piano di cooperazione delineato nel Protocollo di Palermo.

---

<sup>347</sup> Si fa riferimento al caso della nave *Pinar* del 18 aprile 2009, di cui si è trattato al cap. I. In quell’occasione La Valletta ha rifiutato l’approdo al mercantile turco “Pinar” che aveva salvato 144 migranti nella zona SAR maltese, 50 miglia a sud di Lampedusa. L’approdo è stato poi autorizzato dall’Italia a Porto Empedocle per motivi umanitari. L’episodio aveva indotto il governo italiano ad auspicare la ricerca di una soluzione interpretativa a livello europeo.

<sup>348</sup> Sul punto si rimanda a F. CAFFIO, *L’emergenza immigrazione riaccende la tensione tra Italia e Malta*, in *Affari Internazionali*, 22 aprile 2010.

<sup>349</sup> Si fa riferimento al naufragio avvenuto a pochi giorni dalla, ben più nota, strage di Lampedusa del 3 ottobre 2013. Il caso di specie, ad oggi ancora oggetto di indagini da parte della procura di Agrigento, riguarda un natante trasportante profughi siriani, la cui vicenda è stata riportata da un’importante inchiesta, basata sulle testimonianze dei pochi sopravvissuti che si trovavano a bordo della nave al momento della tragedia (si veda F. GATTI, *La verità sul naufragio di Lampedusa*, “Così l’Italia ci ha lasciati morire”, in *L’Espresso*, 7 novembre 2013. Videointervista a Mohanad Jammo reperibile in [video.espresso.repubblica.it](http://video.espresso.repubblica.it)). Dalle testimonianze, in particolare, è stato ricostruito che nella notte tra il 10 e l’11 ottobre 2013, le raffiche di mitra sparate da una motovedetta libica, oltre ad aver ferito due dei passeggeri, forarono lo scafo che trasportava 489 profughi, tutti siriani, di cui circa 150 bambini, tanto che il natante iniziò ad imbarcare acqua. A quel punto lo scafista tunisino fu costretto a chiamare i soccorsi. La prima telefonata partì alle 11 del mattino e l’operatrice della centrale di coordinamento di Roma del comando generale delle Capitanerie di porto, dopo aver reperito tramite i dispositivi GPS degli *smartphone* dei passeggeri le coordinate geografiche, della posizione della nave, chiudeva la telefonata, lasciando intendere che i soccorsi sarebbero arrivati. Alle 12.30 il natante era ancora in mezzo al mare, e nessuna motovedetta italiana all’orizzonte: fu il medico siriano sopravvissuto a chiamare nuovamente i soccorsi, sentendosi rassicurare da un cenno di assenso. Passa un’altra mezz’ora, il medico siriano chiama per la terza volta e gli viene risposto che, trovandosi il natante nella zona SAR maltese, è alle autorità di Malta che dovrebbe fare riferimento: “siete in un’area di responsabilità maltese. Il segnale GPS segnalava che il barcone si trovava a non più di 110 chilometri da Lampedusa e a 230 chilometri da Malta ma, ricordando quanto detto in precedenza riguardo alla suddivisione delle zone SAR di Italia e Malta, il barcone si trovava in una zona di soccorso di responsabilità maltese”. La prima nave maltese arrivò intorno alle 18: troppo tardi per evitare la morte di 266 persone.

Un'ulteriore considerazione, poi, merita quanto dichiarato dal Comandante delle Forze armate maltesi durante una presentazione al *Permanent Committee for Social Affairs* del Parlamento maltese, cioè che un'imbarcazione che “proceeds on its own steam” non è considerata dalle forze maltesi come una nave in difficoltà, a meno che vi sia un'esplicita richiesta di aiuto da parte delle persone a bordo<sup>350</sup>.

#### *2.4.2 Ulteriori strumenti per la salvaguardia della vita in mare*

La Convenzione di Bruxelles del 1910 in materia di assistenza e salvataggio marittimi viene invece sostituita, in ambito IMO, dalla Convenzione di Londra del 1989 sul salvataggio<sup>351</sup>, recepita nell'ordinamento italiano con la legge 12 aprile 1995, n. 129. Le innovazioni normative introdotte mirano principalmente a incentivare l'attività di assistenza e salvataggio in mare, e in particolare quella svolta dalle navi armate a tale scopo, soprattutto in presenza di situazioni di pericolo sul piano ecologico.

La Convenzione del 1989 riafferma, inoltre, l'obbligo per il comandante di portare assistenza a chiunque sia trovato in mare in situazione di pericolo, pur salvaguardando per prima la propria nave e le persone a bordo<sup>352</sup>.

Questo obbligo è stato riaffermato da una circolare del Comitato di sicurezza marittima dell'IMO (MSC) del 2001, portante misure provvisorie contro le pratiche pericolose collegate al trasporto di migranti in mare. L'adozione della circolare, che, come tutte le misure del MSC, non ha natura vincolante ma agisce come semplice raccomandazione, viene effettuata sulla base di una proposta congiunta di Francia, Grecia, Regno Unito e Italia. Essa definisce, al punto 2.3, “unsafe practices” qualsiasi azione contraria alla sicurezza della navigazione o implicante un pericolo per la vita o la salute delle persone, e afferma in modo chiaro l'obbligo, a carico degli Stati parte e, conseguentemente, delle navi che battono la loro bandiera, di portare soccorso<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> Social Affairs Committee, Sitting No. 68, Malta (Eleventh Legislature, May12, 2000), reperibile online su: [www.parlament.mt](http://www.parlament.mt).

<sup>351</sup> IMO, *International Convention on Salvage*, 1989.

<sup>352</sup> Art. 10, par. 1 della Convenzione di Londra del 1989: “Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea. 2. The States Parties shall adopt the measures necessary to enforce the duty set out in paragraph 1.”

<sup>353</sup> Si legge al punto 4 della circolare del 2001: “(...) States should take the steps relating to maritime safety, in accordance with domestic and international law, to eliminate these unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea (...)”.

Utili strumenti volti a sviluppare una sempre più efficace politica di salvaguardia della vita in mare derivano dalla cooperazione tra UNHCR e IMO, che risale al 1970 e ha permesso l'elaborazione di principi e standard volti a favorire le operazioni di soccorso in mare, il cui svolgimento deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse. Uno dei maggiori risultati della collaborazione tra IMO e Alto commissariato per i rifugiati è stata l'elaborazione, e pubblicazione, nel 2006, di una guida dal titolo "Rescue at Sea. A guide to principles and practice as applied to migrants and refugees"<sup>354</sup>. Il documento incorpora in particolare gli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR entrati in vigore nel 2006 mettendo però l'accento sulle specifiche misure e precauzioni che la nave soccorritrice deve adottare quando vi sono dei rifugiati o richiedenti asilo tra i migranti tratti in salvo. Si ricorda dunque il dovere del comandante della nave che presta soccorso di tutelare i richiedenti asilo, di informarsi della loro presenza a bordo, di comunicarla all'UNHCR e di compiere lo sbarco soltanto quando sono presenti tutte le garanzie di tutela per la sicurezza personale dei richiedenti asilo, il che si traduce nel rispetto del principio del *non refoulement*.

#### *2.4.3 Problematiche connesse all'individuazione di un porto sicuro in cui favorire lo sbarco dei migranti trafficati*

Emerge, dunque, dalla precedente analisi che, nonostante i problemi di applicazione pratica di cui si è parlato, il dovere di prestare soccorso in mare è affermato sia dal diritto internazionale consuetudinario sia da importanti strumenti convenzionali. Detto questo, rimane al contrario estremamente nebuloso l'aspetto relativo ai doveri in capo agli Stati una volta che il soccorso sia portato a termine, ovvero l'indicazione di criteri specifici a cui gli Stati debbano rifarsi nell'individuazione del c.d. "porto sicuro" in cui far avvenire lo sbarco. Questa incertezza, come nota autorevole dottrina, è causa di un pericoloso potere discrezionale degli Stati, che possono rifiutarsi di accettare lo sbarco, nel proprio porto, delle persone soccorse o, viceversa, tentare di imporre lo sbarco dei naufraghi sul territorio di un altro Stato<sup>355</sup>.

---

<sup>354</sup> Documento disponibile al sito [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org).

<sup>355</sup> Cfr. G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 278.

La prassi degli ultimi vent'anni ha reso evidente che, oltre alle controversie tra Stati, tale assenza di indicazioni normative precise può far sorgere gravi incidenti a discapito dei naufraghi stessi. A tal proposito, viene nuovamente in rilievo l'incidente della nave *Tampa*, di cui si è parlato all'par. 2.1.1.2<sup>356</sup>. In tale occasione, a causa del diniego di ingresso in acque territoriali australiane, i 433 naufraghi, salvati da una nave che avrebbe potuto trasportare al massimo 50 persone e che fu costretta a fare inversione di rotta verso l'Indonesia, sono rimasti per giorni senza cibo e in condizioni mediche disperate. Tra le giustificazioni presentate dal governo australiano, peraltro avvisato del fatto che molti tra i soccorsi fossero a rischio di morte, vi è quella secondo cui, essendo intervenuti i servizi medici australiani per coadiuvare e arginare la situazione di emergenza, il soccorso era da ritenersi concluso<sup>357</sup>.

A nove mesi dall'incidente della *Tampa*, la questione del luogo in cui trasportare i naufraghi è stata affrontata dall'IMO, che ha cercato di chiarire le procedure esistenti per la sua determinazione attraverso l'adozione di due risoluzioni di emendamento rispettivamente alla Convenzione SOLAS<sup>358</sup> e alla Convenzione SAR<sup>359</sup>, entrate in vigore il primo luglio 2006.

Gli emendamenti ribadiscono l'obbligo per il comandante di soccorrere chiunque venga trovato in difficoltà in mare e per gli Stati responsabili delle rispettive zone SAR di adottare tutte le misure necessarie affinché le operazioni di soccorso e salvataggio vadano a buon fine<sup>360</sup>. Per quanto riguarda l'identificazione di un porto sicuro, poi, gli emendamenti stabiliscono:

---

<sup>356</sup> A seguito di tale incidente, D. Rothwell scriveva che “while international law creates clear obligations on coastal States to coordinate [maritime search and rescue] operations and for ships to go to the aid of persons and other ships in distress, it remains unclear as to who has responsibility for the rescued persons after the actual rescue has taken place” (D. ROTHWELL, *The Law of the Sea and the MV Tampa Incident*, in *Public Law Review*, vol. 13, n. 2, p. 120).

<sup>357</sup> Il governo australiano, nel prosieguo delle proprie motivazioni, aveva dichiarato che gli ufficiali dello *Special Air Service* si erano avvicinati alla nave soccorritrice e che “part of the purpose was to provide security for the crew. Another part of the purpose was to deal with any medical emergency and thus remove the basis for the distress signal and facilitate the departure of the ship from Australian Waters” (Statement of agreed facts in *Victorian Council for Civil Liberties Incorporated v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2001], FCA 1297 (11 settembre 2001), par. 35).

<sup>358</sup> Ris. MSC. 153 (78), 20 maggio 2004.

<sup>359</sup> Ris. MSC. 155 (78), 20 maggio 2004.

<sup>360</sup> L'art. 3.1.9 della Convenzione SAR, come emendato, dispone: “Parties shall co-operate and co-ordinate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from the obligations does not further endanger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered

“The Contracting Government responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and *delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization*. In these cases, the relevant Contracting Government shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable” (corsivo aggiunto)<sup>361</sup>.

Ancora una volta, la disposizione appare vaga e lungi dall'introdurre qualsivoglia obbligo per lo Stato richiesto di favorire lo sbarco sul proprio territorio, essendo la sua responsabilità limitata alla cooperazione e al coordinamento degli sforzi volti a condurre le persone soccorse in un *place of safety*.

Gli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR sono stati poi completati dalle *Guidelines in the Treatment of Persons Rescued at Sea*, anch'esse adottate dall'IMO nel 2004<sup>362</sup>, volte a supportare l'effettiva applicazione degli emendamenti, con particolare riguardo a “humanitarian obligations and obligations under the relevant international law relating to treatment of persons rescued at sea”<sup>363</sup>. In buona sostanza, le linee guida confermano e chiariscono la normativa di cui si è parlato precedentemente, aggiungendo un approfondimento sui principi chiavi che la regolano e definendo alcune procedure che i comandanti delle navi e gli Stati sono tenuti a seguire al fine di garantire che gli obiettivi principali del soccorso in mare siano portati a termine senza che le navi soccorritrici debbano farsi carico di eccessive responsabilità. In particolare, il concetto di “porto sicuro” viene definito in modo considerevolmente dettagliato come: “a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical

---

shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and cooperation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization”.

<sup>361</sup> *Ibidem*, par. 4.

<sup>362</sup> IMO, Maritime Security Committee (MSC), *Guidelines in the Treatment of Persons Rescued at Sea*, IMO Resolution MSC.167(78), adottate il 10 maggio 2004, IMO Doc. MSC 78/26/Add.2 Annex 34.

<sup>363</sup> *Ibidem*, par. 1.1.

needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination" (par. 6.12).

Emerge poi dalle linee guida che, a differenza di quanto espresso dal governo australiano nel caso *Tampa*, una nave che interviene per fornire soccorso non può essere assunta come porto sicuro, in quanto essa non è dotata dei servizi e dell'equipaggiamento adatti per assistere le persone soccorse in maniera adeguata e senza mettere in pericolo la sua stessa sicurezza. Per tale ragione: "even if a ship is capable of safely accommodating the survivors and may serve as a temporary place of safety, it should be relieved of this responsibility as soon as alternative arrangements can be made. A place of safety may be on land, or it may be aboard a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked to their next destination" (par. 6.13 e 6.14).

Le linee guida stabiliscono inoltre che gli Stati dovrebbero cooperare in modo da fornire adeguati *place of safety* per i naufraghi, dopo aver adeguatamente considerato i fattori determinanti e i rischi connessi (par. 6.16). È bene notare che esse conferiscono particolare importanza ai casi in cui tra i sopravvissuti vi siano rifugiati o richiedenti asilo, in quanto sussistente "*the need to avoid disembarkation in territories where the lives and freedoms of those alleging a well-founded fear of persecution would be threatened*" (par. 6.17)<sup>364</sup>. Le disposizioni delle linee guida del 2004 sono poi state in sostanza riprese dai *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea*, adottati dall'IMO nel 2009<sup>365</sup>.

Emerge, dunque, da quanto finora analizzato che, se il diritto del mare convenzionale non va oltre nell'indicazione di obblighi legati alle procedure di sbarco<sup>366</sup>, le linee guida forniscono importanti indicazioni a tale riguardo, e anticipano ulteriori indicazioni derivanti dalle norme in materia di tutela dei diritti umani, nella logica

---

<sup>364</sup> Tale previsione, anticipata dall'espressione "*where the survivors' safety of life is no longer threatened*", di cui al par. 6.12 delle linee guida, verrà nuovamente in rilievo al cap. 3 del presente lavoro, in relazione al dovere in capo agli Stati di tutelare i diritti umani delle persone salvate e, in particolare, di garantire il pieno rispetto del principio di *non refoulement*.

<sup>365</sup> IMO, Facilitation Committee, *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea*, IMO Doc. FAL.3/Circ.194, 22 gennaio 2009.

<sup>366</sup> Un unico riferimento aggiuntivo al riguardo deriva da una norma di *soft law*, inclusa tra i principi adottati dall'IMO Facilitation Committee nel 2009, secondo la quale: "*if the disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SAR area should accept the disembarkation of the person rescued*" (IMO, Facilitation Committee, *Principles Relating to the Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea*, IMO Doc. Fal.3/Circ. 194, 22 gennaio 2009).

delle quali lo sbarco dovrebbe avvenire nel minor tempo possibile, a piena tutela dei diritti umani delle persone tratte in salvo<sup>367</sup>. Tali strumenti verranno analizzati nel capitolo quarto del presente lavoro: basti ora fare menzione, tra gli altri, della risoluzione adottata dal Consiglio d'Europa nel 2011<sup>368</sup>, nella quale si fa presente che gli Stati continuano a interpretare il concetto di *place of safety* in maniera differente gli uni dagli altri e li si invita, pertanto, a convergere verso una definizione comune, secondo cui con tale termine ci si riferisce a “a place which can meet the immediate needs of those disembarked and in no way jeopardises their fundamental rights, since the notion of ‘safety’ extends beyond mere protection from physical danger and must also take into account the fundamental rights dimension of the proposed place of disembarkation” (par. 9.5).

#### *2.4.4 Riflessioni sulle operazioni SAR ad opera di attori non statali*

Come emerso finora, le norme, consuetudinarie e pattizie, ricavabili dal diritto del mare non lasciano dubbi circa il dovere in capo agli Stati di prestare soccorso in mare. Le medesime regole, inoltre, valgono sia per le navi militari o in servizio di Stato, sia per le navi private<sup>369</sup>.

Quello che, sulla carta, rappresenta un dovere per le navi intervenienti, e un sacrosanto diritto per le persone che si trovano in difficoltà in mare, ha generato nella pratica una serie di problematiche, in particolare nei casi in cui il soccorso è avvenuto a favore di migranti irregolari oggetto di traffico da parte di attori non statali. Questo perché gli Stati, nel corso degli anni, si sono dotati di norme volte a contrastare l'immigrazione irregolare all'interno del proprio territorio tali, in taluni casi, da determinare una vera e propria criminalizzazione dei soccorritori.

A tal proposito, è utile fare riferimento ad alcuni esempi risalenti ad anni addietro, per poi giungere alla disamina dei più controversi casi recenti relativi all'intervento di alcune organizzazioni non governative che, a partire dal 2015, si sono autonomamente assunte, quale missione umanitaria, il dovere di intervenire con operazioni di soccorso nel Mar Mediterraneo.

---

<sup>367</sup> Sul tema si rimanda al cap. 4, p.

<sup>368</sup> Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Res. 1821(2011) on the Interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants, adottata il 21 giugno 2011.

<sup>369</sup> Art. 98 UNCLOS.

Il 20 giugno 2004 la nave *Cap Anamur*, dal nome dell'omonima associazione umanitaria tedesca, soccorse nel Canale di Sicilia 37 migranti di incerta nazionalità, a bordo di un gommone in avaria tra la Libia e Lampedusa. L'Italia non consentì lo sbarco sulle proprie coste, poiché il soccorso era avvenuto in acque SAR maltesi, e inoltre, essendo la nave di nazionalità tedesca, delegava alla Germania la responsabilità del salvataggio dei profughi. La Germania, d'altra parte, rifiutava apertamente di farsene carico. Le trattative non portarono ad alcun risultato e il capitano Stefan Schmidt decise di forzare la barriera navale imposta dall'Italia, che, tra l'altro, considerava non veritiere le dichiarazioni dell'equipaggio secondo cui le persone a bordo provenivano dal Sudan, Stato in cui era in corso una guerra civile, e quindi avevano diritto allo status di rifugiati. Il 12 luglio 2004, dopo essere rimasta ventuno giorni in balia delle onde, la *Cap Anamur* approdava a Porto Empedocle. Appena sbarcati nel porto agrigentino, il capitano Stefan Schmidt, l'armatore responsabile dell'associazione umanitaria Elias Bierldel e il primo ufficiale Vladimir Dachkevitch venivano arrestati con l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. A tal proposito si ricorda che l'articolo 12 D. lgs. n. 286/1998 recante il *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, così come modificato dalla legge Bossi-Fini n. 189/2002, da ultimo integrato dal Decreto interministeriale del 14 luglio 2003, non considerava come un reato l'immigrazione clandestina in sé, ma puniva con la reclusione fino a tre anni e una multa fino a 15.000 euro “chiunque compie atti diretti a procurare l'ingresso di uno straniero in Italia, in violazione del Testo unico sull'immigrazione, o illegalmente nel territorio di altro Stato cui esso non appartiene o comunque non ha titolo di residenza” (reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina). La nave *Cap Anamur* venne sequestrata in data 14 luglio 2004, con decreto del Tribunale di Agrigento; il ricorso presentato dai legali dei proprietari della nave fu rigettato dalla sentenza della Corte di Cassazione che considerava “sufficiente il *fumus* del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina perché il sequestro della nave sia legittimo”. Risulta infatti da accertamenti successivi che non tutti i profughi a bordo della *Cap Anamur* provenivano dalla zona del Darfur: molti di essi erano nigeriani e ghanesi, mentre altri non erano in grado o rifiutavano di rivelare



il proprio Paese d'origine<sup>370</sup>. Il processo a carico dei responsabili della nave tedesca durò cinque anni, per un totale di trenta udienze e più di quaranta testimoni ascoltati, e si concluse il 7 ottobre 2009 con l'assoluzione con formula piena di Elias Bierdel e Stefan Schmidt, mentre Vladimir Dachkevitch venne assolto per non aver commesso il fatto<sup>371</sup>. L'impianto accusatorio dei pubblici ministeri, Santo Fornasier e Gemma Milani, basato sulla teoria che non si fosse trattato di un salvataggio ma di "una grande speculazione mediatica per pubblicizzare un film documentario e trarne vantaggi di notorietà", viene smontato e rigettata la richiesta degli imputati a quattro anni di carcere e 400.000 euro di multa<sup>372</sup>.

Un secondo caso degno di nota ha riguardato due pescherecci tunisini, provenienti da Teboulba e regolarmente iscritti al registro nautico di Monastir, che, la notte del 7 agosto 2007, avevano tratto in salvo 44 migranti ammassati su un gommone che, in balia del mare forza quattro, si trovava a 37 miglia a sud di Lampedusa e a 80 miglia da Tunisi. I profughi, tra cui undici donne e due bambini, erano originari di Sudan, Eritrea, Togo, Marocco, Etiopia e Costa d'Avorio e si erano imbarcati il 4 agosto da una spiaggia libica. I pescatori tunisini informarono immediatamente le autorità italiane in merito al salvataggio dei naufraghi poiché, essendo il porto di Lampedusa il più vicino, alle autorità militari italiane sarebbe spettato l'onere di prendersi cura dei profughi, ai sensi della Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare del 1979 che obbliga gli Stati parte a "(...) garantire assistenza ad ogni persona in pericolo in mare (...) senza distinzioni relative alla nazionalità o allo status di tale persona o alle circostanze nelle quali la nave viene trovata" (capitolo 2.1.10 della Convenzione) e a "(...) fornirle le prime cure mediche o di altro genere e a trasferirla in un luogo sicuro" (capitolo 1.3.2). La Guardia Costiera negò, però, l'ingresso dei pescherecci nelle acque territoriali italiane, intimando ai due comandanti di invertire la rotta verso le coste nordafricane: la Tunisia non poteva però essere considerato un "porto sicuro" dato che solo un mese prima 24 persone provenienti dal Corno d'Africa, tra cui donne e bambini, erano state espulse in Libia, così come altre centinaia di richiedenti asilo di cui si sono perse le tracce venivano ricacciate dal Canale di Sicilia.

---

<sup>370</sup> Corte Suprema di Cassazione, sez. III penale, 27 aprile 2005, n. 15689. Per un'analisi della sentenza si veda L. SALAMONE, V.CAIOLA, Nota a Cassazione sez. III penale, 27 aprile 2005 n.15689, *www.diritto.it*.

<sup>371</sup> Tribunale di Agrigento, sez. I penale, del 7 ottobre 2009, n. 954/09, depositata il 15 febbraio 2010.

<sup>372</sup> Per ulteriori approfondimenti si rimanda a F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. 2/2010, pp. 87-102.

I due comandanti decisero di ignorare l'alt imposto dalla capitaneria italiana e spinsero le navi fino al porto di Lampedusa, dove furono arrestati, insieme a tutti i membri dell'equipaggio, con l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Il processo si aprì il 22 agosto. I giornali tunisini chiedevano a gran voce la scarcerazione dei pescatori, smuovendo i portavoce della diplomazia dell'area del Mediterraneo, comprese alcune associazioni umanitarie italiane, francesi, tedesche, belghe e dei paesi del Maghreb, ma essa veniva respinta dal tribunale di Agrigento. La preoccupazione condivisa era quella di far prevalere l'aspetto umanitario nelle politiche di gestione dell'immigrazione clandestina, onde evitare la criminalizzazione di chi effettua operazioni di salvataggio in mare, che rischia di sfociare in omissioni di soccorso deliberate, per paura di incorrere nell'arresto.

La sentenza del tribunale di Agrigento fu emessa il 17 novembre 2009<sup>373</sup> e assolse i cinque marinai e i due comandanti dall'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e imponeva il dissequestro delle due imbarcazioni, con restituzione immediata delle stesse ai legittimi proprietari. I due comandanti, Abdelkarim Bayoudh e Abdelbasset Zenzeri, vennero, però, ritenuti colpevoli di "resistenza a pubblico ufficiale" per aver forzato il blocco navale imposto dalla Guardia Costiera, e condannati a due anni e sei mesi di reclusione. Dopo quattro anni, il 26 settembre 2011, Bayoudh e Zenzeri furono prosciolti dalla Corte di Appello di Palermo che riconobbe lo "stato di necessità", dovuto alle gravi condizioni di salute dei profughi salvati, come valido motivo che li aveva spinti a non rispettare l'alt imposto dalla Capitaneria.

Ora, gli esempi di cui sopra sollevano alcune riflessioni. *In primis*, come si legge in entrambe le sentenze, i giudici fanno leva sullo status dei migranti tratti in salvo per stabilire se sia stato commesso reato di favoreggiamento o meno. Posto che non attiene al presente lavoro analizzare la normativa italiana in materia di immigrazione, appare quantomeno fuorviante basare la decisione di incriminazione sul fatto che i naufraghi fossero o meno possibili rifugiati o richiedenti asilo. Questo perché, ancora prima di arrivare alla disamina dei singoli casi, è il diritto internazionale del mare, e per di più consuetudinario nella fattispecie dell'art. 98 UNCLOS, a fornire una risposta.

---

<sup>373</sup> Tribunale di Agrigento, sez. Penale, sentenza n. 875/07 del 17 novembre 2009. Per un'analisi dettagliata della sentenza si rimanda a F. VASSALLO PALEOLOGO, *Agrigento – Processo ai pescatori tunisini. Una sentenza contraddittoria*, in [www.meltingpot.it](http://www.meltingpot.it), 18 novembre 2009.

### **CAPITOLO III**

#### **La missione EUNAVFOR MED e le operazioni collaterali dell'Unione europea per il contrasto allo *smuggling* di migranti**

In data 22 giugno 2015, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato una Decisione nell'ambito della Politica di Sicurezza e Difesa Comune (PESC) la quale ha istituito un'operazione militare di gestione delle crisi, EUNAVFOR MED, che si pone come obiettivo il contrasto al traffico di migranti nel Mar Mediterraneo<sup>374</sup>.

Tale operazione, il cui passaggio alla seconda fase è stato autorizzato mediante la Risoluzione 2240 (2015)<sup>375</sup> del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (da ora in avanti Consiglio di Sicurezza o UNSC), ha sollevato accesi dibattiti sia in dottrina sia fra le organizzazioni non governative, per quanto concerne l'inquadramento giuridico della missione.

Obiettivo del presente capitolo, dunque, è delineare le basi giuridiche che autorizzano il dispiegamento dell'operazione, tanto sotto il profilo di diritto internazionale quanto di diritto dell'Unione europea.

Si ripercorreranno, quindi, le fasi di attuazione della missione, a partire dal mandato istitutivo fino alle recenti evoluzioni, attraverso l'analisi della decisione del Consiglio e delle raccomandazioni degli organi dell'Unione coinvolti nell'operazione. A tal proposito, sarà necessario fare riferimento a operazioni civili e militari collaterali che, a causa della posizione geopolitica in cui sono dislocate, inevitabilmente si collegano e influiscono sull'operazione in esame nel presente lavoro.

Ai fini di completezza, si procederà con un esame del particolare regime giuridico entro cui si collocano gli atti PESC dell'Unione, in modo da considerare poi nel dettaglio le operazioni militari navali messe in campo in ambito UE. Non tralasciabile, in tal senso, è un riferimento alla prima missione dispiegata dall'Unione al di fuori del proprio territorio, ossia l'operazione Atalanta (*Ocean Shield*), che verrà presa in esame al fine di mettere in luce sia le similitudini sia le differenze rispetto all'operazione EUNAVFOR MED.

---

<sup>374</sup> Council Decision (CFSP) 2015/778 of 18 May 2018 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED).

<sup>375</sup> UNSC, S/RES/2240 (2015), 9 ottobre 2015.

Non da ultimo, trattandosi di un'operazione militare autorizzata ai sensi del cap. VII della Carta delle Nazioni Unite, appare necessario ripercorrere, partendo dalla risoluzione 2240 (2015) e considerando la prassi recente dell'UNSC, il ragionamento attraverso cui il Consiglio ha autorizzato il ricorso ad azioni coercitive contro le navi coinvolte nel traffico di migranti, al fine di evidenziarne le criticità e le eventuali contraddizioni in termini di mezzi e scopi.

Sulla base delle norme di diritto internazionale del mare e delle disposizioni particolari introdotte dal Protocollo di Palermo, di cui si è ampiamente disquisito nei precedenti capitoli, si valuterà se le misure coercitive poste in essere dalle navi militari impegnate nelle operazioni nei confronti delle navi coinvolte nel traffico di migranti possano dirsi pienamente legittimate dagli strumenti in vigore, compresa la Risoluzione 2240.

Data la natura singolare dell'operazione in oggetto, derivante dalla particolare tipologia di reato che si intende contrastare, la quale si presta ad essere affrontata in diversi ambiti di diritto dell'UE, nella fattispecie gli atti PESC e la cooperazione giudiziaria e di polizia, tale missione non rappresenta l'unica azione adottata dall'Unione a tale scopo, ma deve essere considerata quale tassello di un mosaico più ampio, alla composizione del quale collaborano altri organi e agenzie dell'Unione.

Il controllo dei flussi migratori, e il contrasto dell'immigrazione illegale, infatti, hanno raggiunto, in particolare negli ultimi anni, il vertice delle politiche di intervento messe in atto dall'Unione europea. Nel maggio 2015 la Commissione europea ha emesso due Comunicazioni al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, meglio note come *Agenda europea sulle migrazioni* e *Piano d'azione contro il traffico di migranti*, entrambe per il periodo 2015-2020<sup>376</sup>.

Il Piano d'azione dell'Unione europea contro il traffico di migranti, così come l'Agenda europea sulla sicurezza, adottata dalla Commissione il 28 aprile 2015<sup>377</sup>, fanno della cooperazione contro il traffico di migranti all'interno dell'UE e con i Paesi terzi una priorità nella lotta contro le reti della criminalità organizzata. Oltre a ribadire la necessità di affrontare le cause profonde dell'immigrazione irregolare, in

---

<sup>376</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda europea sulle migrazioni*, COM (2015) 240 final, Bruxelles, 13 maggio 2015.

<sup>377</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda europea sulla sicurezza*, COM (2015) 185 final, Strasburgo, 28 aprile 2015.

cooperazione con i paesi di origine e di transito, il Piano d'azione si è focalizzato sull'istituzione di un'operazione di politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC), che comprende il rimpatrio nei paesi di origine dei migranti che non hanno diritto di soggiornare nell'Unione europea. Il Piano si è proposto di istituire un punto di contatto unico sul traffico di migranti per rafforzare la cooperazione operativa, il coordinamento e la condivisione di informazioni tra gli Stati membri e con le agenzie UE. Sono state inoltre potenziate le azioni contro il traffico svolte nell'ambito del ciclo programmatico dell'Unione per contrastare la criminalità organizzata e le forme gravi di criminalità internazionale, compresa la cooperazione transfrontaliera contro le frodi relative ai documenti e altre forme di uso illecito delle procedure di ingresso e soggiorno legale.

L'approccio militare adottato dall'Unione europea, dunque, si allinea a una politica della sicurezza sulla quale ci si soffermerà nel presente capitolo, a partire dal contenuto del Piano d'azione e arrivando al ruolo, più o meno collaterale, che hanno assunto le agenzie dell'Unione nell'ambito del contrasto allo *smuggling* di migranti. In particolare, è noto che la missione EUNAVFOR MED condivide la propria area di intervento con l'operazione Triton dell'agenzia FRONTEX: pertanto, a seguito di un'analisi circa le competenze, ampiamente dibattute in dottrina, e l'evoluzione che FRONTEX ha avuto dalla sua istituzione ad oggi, si passerà a delineare il rapporto di collaborazione che Triton, oggi *Themis*, intrattiene con EUNAVFOR MED, nonché i rispettivi compiti che esse hanno assunto a partire dal 2015. È interessante, poi, fare riferimento al ruolo che ricopre EUROPOL nella raccolta delle informazioni e del coordinamento di *intelligence*, focus della prima fase dell'operazione *SOPHIA*, allargando, ai fini di completezza, l'analisi all'impostazione della cooperazione di polizia all'interno dell'Unione europea.

Infine, si ritiene opportuno soffermarsi sui recenti accordi che, sebbene nel quadro di una politica europea generale, sono stati stipulati tra singoli Stati membri dell'Unione e paesi terzi al fine di contrastare il traffico di migranti; in particolare, ci si concentrerà sul *Memorandum of Understanding* siglato tra Italia e Libia nel 2017, il quale verrà ripreso al capitolo quarto quale nodo critico in materia di tutela dei diritti umani dei migranti trafficati.

### 3.1 Il Piano d'azione per il contrasto al traffico di migranti nell'ambito dell'Agenda europea sulle migrazioni

L'operazione EUNAVFOR MED è parte di una politica più ampia, adottata dall'Unione europea nell'ambito del controllo dei flussi migratori e, nello specifico, delle attività criminali connesse al traffico di migranti. Per tale ragione, prima di entrare nel merito del mandato e dell'evoluzione dell'Operazione *Sophia*, e delle misure collaterali ad essa legate, occorre definire il quadro politico e giuridico entro il quale tale operazione è stata creata.

La prevenzione e il contrasto del traffico di migranti e della tratta di esseri umani sono parti integranti della politica europea in materia di immigrazione<sup>378</sup>. Inoltre, la Comunità ha aderito, nel 2006, ai due protocolli addizionali alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale in materia di contrasto allo *smuggling*<sup>379</sup> e alla tratta<sup>380</sup>, oltre ad aver predisposto strumenti giuridici specifici per disciplinare tale ambito. Alla prevenzione e repressione della tratta degli esseri umani e alla protezione delle vittime è dedicata la direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011, che ha sostituito una precedente decisione quadro del Consiglio adottata nel 2002<sup>381</sup>. Le misure di armonizzazione in tema di traffico di migranti sono invece contenute in due

---

<sup>378</sup> Si veda l'art. 79, par. 1, TFUE, ai sensi del quale "L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani" (corsivo aggiunto). Sul punto, si rimanda a R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 723 e ss.; S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, 2016.

<sup>379</sup> Decisione del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo per combattere il traffico di migranti per via terrestre, aerea e marittima, allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 179 e 181 A del trattato che istituisce la Comunità europea (2006/616/CE), in GUUE L 262/2006.

<sup>380</sup> Decisione del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione della parte terza, capitolo IV, del trattato che istituisce la Comunità europea (2006/616/CE), in GUUE L 262/2006, p. 51 e ss.

<sup>381</sup> Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GUUE L 101/2011, p. 1 e ss. Per un approfondimento sul punto si rimanda a G. CARELLA, *La tratta degli esseri umani*, in G. CARELLA E A., *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 207 e ss.

strumenti distinti: la direttiva 2002/90/CE, che definisce quale reato di “favoreggiamento dell’ingresso e transito illegale” la condotta di “chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare e transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all’ingresso o al transito degli stranieri”, a prescindere dal fatto che il soggetto abbia agito o meno a scopo di lucro<sup>382</sup>; e la decisione quadro 2002/946/GAI, che stabilisce regole minime per le sanzioni, la responsabilità delle persone giuridiche e la competenza giurisdizionale<sup>383</sup>. Per favorire una repressione effettiva di entrambi i reati, inoltre, è stata adottata la direttiva 2004/81/CE, che consente il rilascio di un permesso di soggiorno speciale alle vittime che cooperano con le autorità competenti per assicurare alla giustizia i trafficanti<sup>384</sup>.

Arrivando ora all’*Agenda europea* del maggio 2015, essa esordisce ponendo enfasi sulla priorità di proteggere le persone in stato di necessità. Per adempiere a questo imperativo, la Commissione ha identificato sei azioni a breve termine: triplicare la dotazione delle operazioni Triton e Poseidon di FRONTEX<sup>385</sup>, al fine di coordinare da un lato il sostegno operativo alle frontiere degli Stati membri sotto pressione, dall’altro di aiutare a salvare le vite dei migranti in mare; la ricollocazione<sup>386</sup>, all’interno

---

<sup>382</sup> Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in GUUE L 328/2002, p. 17 e ss. Come si nota, dunque, la definizione fornita dalla direttiva diverge sensibilmente rispetto a quella stabilita dal protocollo di Palermo, il che si ripercuote inevitabilmente sulle linee adottate dai Paesi membri, tra cui l’Italia, e su cui si ritornerà al capitolo quarto del presente lavoro, con riferimento all’operazione EUNAVFOR MED.

<sup>383</sup> Decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali (2002/946/GAI), in GUCE L 328/2002 p. 1 e ss.

<sup>384</sup> Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un’azione di favoreggiamento dell’immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti, in GUUE L 261/2004, p. 19 e ss. sul punto, si veda C. AMALFITANO, *Unione europea e tutela delle vittime della tratta di esseri umani*, in G. GAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 753 e ss., p. 760 e ss.

<sup>385</sup> È utile rilevare in questa sede il fatto che la creazione di Triton risale al novembre del 2014, a seguito dell’interruzione dell’Operazione *Mare Nostrum*. Il passaggio dalla seconda alla prima operazione ha sollevato non poche critiche da parte delle Organizzazioni internazionali in difesa dei diritti umani, proprio a causa del primario obiettivo di controllo delle frontiere, e non di salvataggio delle vite in mare, che caratterizza la missione Triton.

<sup>386</sup> La ricollocazione dei migranti bisognosi di protezione internazionale andrebbe a sostituirsi alla distribuzione definita dalla Convenzione di Dublino, firmata in Irlanda il 15 giugno 1990, secondo la quale sarebbe lo Stato di primo approdo a doversi fare carico di analizzare le domande d’asilo dei migranti giunti sul proprio territorio, allo scopo di impedire agli immigrati di presentare domande d’asilo in più stati membri (*asylum shopping*) e limitare il fenomeno degli “immigrati in orbita”, ovvero

dell'Unione europea, dei migranti bisognosi di protezione internazionale; il reinsediamento degli sfollati con evidente bisogno di protezione internazionale<sup>387</sup>; l'istituzione di un nuovo metodo basato sui "punti di crisi" a cui collaborano, in prima linea, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), FRONTEX ed EUROPOL, al fine di condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo; e la creazione di una Politica di Sicurezza e Difesa Comune (PSDC), volta a smantellare le reti di traffico nel Mediterraneo, identificando, sequestrando e distruggendo le imbarcazioni utilizzate dai trafficanti.

Accanto alle suddette azioni a breve termine, l'Agenda individua quattro *pilastri* "per una politica migratoria dell'Unione equa, solida e realistica": ridurre gli incentivi all'immigrazione irregolare; salvare vite umane e rendere sicure le frontiere esterne; istituire una politica di *asilo forte*, basata sulla creazione di una rete nazionale di unità Dublino e la piena attuazione della normativa sulle impronte digitali<sup>388</sup>; creare una nuova politica di migrazione legale.

Soffermandoci in particolare sul primo dei quattro pilastri, l'agenda individua, quale fondamentale azione da intraprendere, il partenariato con i paesi di origine e di transito, con l'ampliamento del ruolo delle delegazioni dell'Unione europea nei Paesi strategici. È curioso notare che l'agenda citi, come esempio di cooperazione efficace, il partenariato con la Turchia, la quale ha ricevuto, dall'inizio del 2014, 79 milioni di euro "a sostegno degli sforzi compiuti per alleviare la pressione sul proprio sistema di gestione dei rifugiati e prevenire viaggi pericolosi per il Mediterraneo orientale"<sup>389</sup>. La cooperazione con i paesi terzi, e con le agenzie dell'Unione, viene considerata di vitale importanza anche per il secondo obiettivo di questo primo pilastro, ossia la lotta alla

---

coloro che vengono trasportati da uno Stato a un altro in attesa di un provvedimento adeguato. Il 18 febbraio 2003 la Convenzione viene sostituita dal Regolamento (CE) n. 343/2003 (meglio noto come Regolamento Dublino II). Il 26 giugno 2013 il Regolamento Dublino II viene a sua volta sostituito dal Regolamento (UE) n. 604/2013, noto come Dublino III, il quale si basa essenzialmente sui principi del precedente Regolamento e dell'ancor antecedente Convenzione.

<sup>387</sup> L'UNHCR, con la Dichiarazione del Direttore aggiunto dell'UNHCR, Relazione sui reinsediamenti, riunione del comitato permanente della commissione esecutiva del programma dell'Alto commissariato (Ginevra 26-28 2012), ha approvato per l'UE l'obiettivo del reinsediamento di 20.000 persone l'anno dal 2012 al 2020.

<sup>388</sup> Regolamento (UE) n. 603/2013 del 26 giugno 2013 (che istituisce EURODAC).

<sup>389</sup> Per un approfondimento sull'Accordo Ue-Turchia cfr. C. FAVILLI, "La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?", in *Diritti umani e diritto internazionale* 2/2016, pp. 405-426.



tratta e al traffico di migranti, volta a individuare e perseguire i trafficanti, e a confiscare i loro beni. A questo si aggiunge l'effettiva applicazione della direttiva rimpatri, con la garanzia da parte dei Paesi di origine di rispettare l'obbligo internazionale di riammettere i propri cittadini che soggiornano irregolarmente in Europa.

Per quanto riguarda il secondo pilastro, l'agenda introduce la cosiddetta iniziativa *frontiere intelligenti (smart frontiers)*, volta a “inaugurare una nuova fase per rendere più efficaci i valichi di frontiera, agevolare l'attraversamento della grande maggioranza dei cittadini di paesi terzi che sono viaggiatori ‘in buona fede’ e rafforzare la lotta contro l'immigrazione irregolare, creando un registro di tutti i movimenti transfrontalieri di cittadini di paesi terzi, nel pieno rispetto della proporzionalità”.

Alla luce di quanto descritto, dunque, nonostante la reiterata priorità dichiarata nell'agenda rispetto alla salvaguardia della vita dei migranti, e agli scopi umanitari ad essa connessi, le azioni in essa definite risultano prevalentemente focalizzate sulla difesa dei confini regionali e della sicurezza comunitaria, anziché sulla protezione dei migranti trafficati. Il rafforzamento dell'attività operativa di FRONTEX, formalmente autorizzata attraverso la comunicazione della Commissione europea per *una guardia costiera e di frontiera europea e una gestione efficiente delle frontiere esterne dell'Europa*<sup>390</sup>, implica infatti la creazione di un'agenzia di natura semi-militare, composta da FRONTEX e dalle principali autorità costiere degli Stati membri, al fine di facilitare l'attuazione dei principali standard di controllo delle frontiere dell'Unione, e di supportare gli Stati in difficoltà nel difendere i propri confini.

In concomitanza con l'agenda, la Commissione europea ha introdotto un *Piano d'azione contro il traffico di migranti*, che presenta le azioni specifiche necessarie per attuare l'Agenda europea sulle migrazioni e l'Agenda europea sulla sicurezza, adottata dalla Commissione europea il 28 aprile 2015<sup>391</sup>, e fa della cooperazione contro il traffico di migranti all'interno dell'Unione europea e con i Paesi terzi una priorità della lotta contro le reti di criminalità organizzata.

Oltre a ribadire la necessità di affrontare le cause profonde dell'immigrazione irregolare, in cooperazione con i Paesi di origine e di transito, la politica di sicurezza

---

<sup>390</sup> COM (2015) 673 del 15 dicembre 2015.

<sup>391</sup> COM (2015) 185 del 28 aprile 2015.

comune introdotta dal Piano pone particolare enfasi sulla necessità di rafforzare l'azione della polizia e delle autorità giudiziarie. Il Piano si propone di istituire un punto di contatto unico sul traffico di migranti per rafforzare la cooperazione operativa, il coordinamento e la condivisione di informazioni tra gli stati membri e con le agenzie UE. Eurojust, ad esempio, è stata incaricata di istituire un gruppo tematico sul traffico di migranti per rafforzare e formalizzare la cooperazione tra pubblici ministeri nazionali e promuovere l'assistenza giudiziaria, in particolare attraverso l'istituzione di Squadre investigative comuni. A tal proposito, il primo ottobre 2015 è stata siglata tra Eurojust ed EUNAVFOR MED una *Letter of Understanding* attraverso cui l'agenzia europea e la missione si impegnano a condividere informazioni utili al contrasto al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani e a stabilire aree di cooperazione volte a favorire la comunicazione e la formazione dei funzionari in tale ambito<sup>392</sup>.

Sono state inoltre potenziate le azioni contro il traffico svolte nell'ambito del ciclo programmatico dell'UE per contrastare la criminalità organizzata e le forme gravi di criminalità internazionale, compresa la cooperazione transfrontaliera contro le frodi relative ai documenti e altre forme di uso illecito delle procedure di ingresso e soggiorno illegali.

Lo scambio di informazioni, inoltre, ha assunto notevole importanza, anche in relazione alle ultime notizie riportate dai magistrati della Direzione Distrettuale Antimafia di Palermo – coinvolta, nel 2015, nell'operazione Glauco II<sup>393</sup> che ha portato all'arresto di soggetti eritrei, etiopi, ivoriani, ghanesi e guineiani con l'accusa di aver favorito l'ingresso illegale, traendone ingenti profitti, di centinaia di connazionali – le quali hanno rivelato che le reti transnazionali sono caratterizzate dalla capacità di organizzarsi anche in territori ostili e sono dotate di codici di comportamento concertati, standardizzati e collaudati, nonché di una notevole capacità manageriale. A tal proposito, dalle indagini degli investigatori italiani è emerso che le organizzazioni criminali sono solite creare una sorta di decalogo per il migrante, contenente le istruzioni su come comportarsi e come sottrarsi, se necessario, alle

---

<sup>392</sup> *Letter of Understanding on Cooperation between Eurojust and EUNAVFOR MED*, firmata a Roma dal Presidente di Eurojust, Michèle Coninsx e, per EUNAVFOR MED, dal Brigadiere Maurizio Riccò, il 1 ottobre 2015, reperibile su [eurojust.europe.eu](http://eurojust.europe.eu).

<sup>393</sup> Reperibile in: <http://www.poliziadistato.it/articolo/view/38454/>

procedure di fotosegnalazione e agli accertamenti di rito. Accanto al decalogo, i gruppi che organizzano il traffico utilizzano un sistema di catalogazione e riconoscimento alfanumerico per i migranti. Tale codice, oltre ad essere fornito ai parenti del passeggero per avere notizie circa lo stato del viaggio del proprio congiunto, svolge una funzione fondamentale per i trafficanti, poiché consente il controllo della correttezza dei flussi di pagamento. Il viaggio, infatti, non viene pagato in una sola tranche: il versamento viene effettuato in rapporto ad ogni singolo passaggio della tratta complessiva prevista. Come emerge ancora una volta dall'operazione Glauco II, la prova dell'esistenza di questo meccanismo contabile è fornita dalle intercettazioni telefoniche compiute a carico dei capi dell'organizzazione. Le indagini della Polizia di Stato hanno accertato anche numerosi contatti "intercontinentali", avvenuti tra sodali sulle opposte rive del Mediterraneo, attraverso programmi che usano protocolli VOIP, come Skype, Whatsapp o Viber. Dalle suddette intercettazioni sono emerse transazioni di denaro illegali, per centinaia di migliaia di euro.

In aggiunta a quanto detto, poi, il Piano individua tra le azioni da intraprendere anche l'identificazione, il sequestro e la distruzione delle imbarcazioni dei trafficanti, nonché la promozione di indagini finanziarie proattive per la confisca e il recupero dei proventi di reato, e le iniziative contro il riciclaggio.

Emerge chiaramente come nel caso delle organizzazioni di trafficanti sia estremamente complicato quantificare, reperire e sottrarre ad esse i ricavi illegali ottenuti dai viaggi. Il circuito illegale privilegiato per i trasferimenti di denaro è infatti il cosiddetto "hawala". Si tratta di un sistema informale di trasferimento di valori, basato essenzialmente su un rapporto "di fiducia", che consente di evitare la tracciabilità di circuiti bancari e fiduciari leciti<sup>394</sup>. Si legge nel Piano d'azione dell'UE che "le autorità di contrasto devono avere la capacità di colpire il finanziamento della criminalità organizzata responsabile del traffico". E, ancora, che "cercare il denaro

---

<sup>394</sup> Il sistema "hawala" ha origini nel passato, quando i mercanti che volevano inviare somme di denaro nelle proprie terre di origine effettuavano un deposito presso un "banchiere hawala" che, in cambio di una piccola commissione, avrebbe provveduto a far rendere disponibile la somma per il prelevamento presso un altro "banchiere hawala" ove richiesto dal committente. I due banchieri avrebbero poi regolato le relative pendenze, o per compensazione o tramite normale attività di commercio. Ad oggi, il sistema non si discosta particolarmente da come fu concepito originariamente, con individui che in diverse parti del mondo usano i propri conti correnti facilitando trasferimenti internazionali di denaro. I depositi e i prelevamenti sono effettuati tramite banchieri *hawala* e non tramite intermediari finanziari tradizionali. Per un approfondimento sul tema, si veda M. EL QORCHI, *Informal funds transfer systems: an analysis of the informal Hawala system*, Washington, International Monetary Fund, 2003.

connesso con le reti dei trafficanti dovrebbe diventare una priorità per gli uffici nazionali per il recupero dei beni e per la rete inter-agenzie Camden per il recupero dei beni (CARIN)”. L’UE avrebbe inoltre dovuto intensificare notevolmente la collaborazione con i paesi terzi per consentire di rintracciare e confiscare i proventi di reato nei paesi di origine e di traffico dei migranti.

Il terzo punto del Piano si sofferma, poi, sulla prevenzione del traffico e l’assistenza dei migranti vulnerabili. Oltre all’importanza di sensibilizzare i migranti stessi in merito ai rischi del traffico e all’intensificazione del rimpatrio come deterrente al traffico, degna di nota è la promessa di “aumentare gli sforzi per offrire assistenza e protezione ai migranti vittime di traffico” che avrebbe dovuto trovare un barlume di attuazione nel 2016, mediante una “valutazione d’impatto sull’eventuale revisione della direttiva 2004/81/CE riguardante il titolo di soggiorno rilasciato a vittime della tratta e a migranti vittime di traffico che cooperano con le autorità”.

### **3.2 EUNAVFOR MED Operazione SOPHIA: mandato ed evoluzione**

La Decisione del Consiglio (CFSP) 2015/972 del 22 giugno 2015, che attribuisce effetti legali all’Operazione EUNAVFOR MED, è stata preceduta da una fase preparatoria dei lavori. Nell’aprile 2015, infatti, il Consiglio dell’UE esprimeva la volontà di combattere il traffico di migranti e la tratta di esseri umani in maniera coordinata. A tale dichiarata intenzione è seguita l’adozione da parte del Comitato politico e di sicurezza (CPS)<sup>395</sup> di un *Crisis Management Concept (CRC)*<sup>396</sup>, in data

---

<sup>395</sup> Il CPS è composto da delegati degli Stati membri aventi rango di ambasciatori e si riunisce in media due volte alla settimana. Il CPS opera a sua volta grazie alla cooperazione di numerosi attori istituzionali, con i quali interagisce costantemente, inviando loro direttive e ricevendo da essi pareri e raccomandazioni. Tra essi, si ricordano: il Comitato militare (CMUE), composto da Capi di Stato maggiore della Difesa degli Stati membri, il quale tratta degli aspetti militari della gestione delle crisi; il comitato per gli aspetti civili della gestione delle crisi (CIVCOM); il Gruppo politico-militare (GPM), che si occupa di monitorare, da un lato, gli aspetti militari delle missioni di riforma del settore della sicurezza, dall’altro, l’azione dell’Ue nell’ambito dello sviluppo delle capacità africane di gestione delle crisi; la Cellula di pianificazione civile/militare dello Stato maggiore dell’Ue, costituita da personale sia civile sia militare e finalizzata a garantire maggiore cooperazione/coordinamento tra le strutture militari e civili della PSDC.

<sup>396</sup> Riferimenti all’adozione di un *Crisis Management Concept* si ritrovano all’art. 1, par. 2 della “Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 relativa a un’operazione militare dell’Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED), in GUUE del 19 maggio 2015”, nonché in tutti i successivi atti prodotti dal Comitato Politico e di Sicurezza inerenti alla missione in oggetto. Limitate informazioni aggiuntive relative al *Crisis Management Concept* sono desumibili dalla “Proposta di decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 relativa a

13 maggio 2015, ossia di una bozza preparatoria che potenzialmente avrebbe condotto all'adozione di una missione militare, prima che l'operazione fosse lanciata formalmente, il 22 giugno 2015<sup>397</sup>. Alla definizione del CRC hanno partecipato anche il Gruppo politico-militare (*Politico-Military Group, PGM*) e il Comitato per gli aspetti civili di gestione delle crisi (*Committee for Civilian Aspects of the Crisis Management, CIVCOM*) che, con il supporto del Segretario generale del Consiglio, in data 5 maggio 2015, hanno stilato una serie di raccomandazioni per la creazione di un'operazione militare volta a scardinare le reti di traffico di esseri umani nella regione del Mediterraneo centro-meridionale, anche attraverso il sequestro e la distruzione delle imbarcazioni utilizzate dai trafficanti<sup>398</sup>. Gli aspetti maggiormente interessanti, oltre al focus specificamente rivolto al contrasto al traffico di migranti con un riferimento solo successivo alla crisi umanitaria su cui, come si vedrà a breve, insiste notevolmente la decisione finale, sono i molteplici riferimenti alla necessità di rafforzare il dialogo politico con la Libia. Tale dialogo, già ribadito nel PFCA per la Libia del 13 aprile 2015, avrebbe dovuto seguire la scia di quanto già stabilito dall'operazione delle Nazioni Unite, *United Nations Support Mission in Libya (UNSIMIL)*, in tale area<sup>399</sup>. Particolare importanza, poi, viene data alla necessità di individuare, sequestrare e distruggere le imbarcazioni impiegate nel traffico, motivo per cui il PGM “welcomes efforts underway in the UN Security Council to obtain a Chapter VII mandate for the possible operation, based on a Libyan request” (par. 13), nonché all'auspicabile coordinamento con altri attori dell'Unione in tale regione, tra cui, oltre FRONTEX, “EUROPOL, EASO and EUROJUST, and CSDP missions in

---

un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED), Bruxelles, 17 maggio 2015”.

<sup>397</sup> Decisione (PESC) del Consiglio del 22 giugno 2015 relativa all'avvio dell'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED), in GUUE, 23 giugno 2015.

<sup>398</sup> Council of the European Union, from the General Secretariat of the Council to the Political and Security Committee, “PGM Recommendations on the draft Crisis Management Concept for a possible CSDP operation to disrupt human smuggling networks in the Southern Central Mediterranean”, doc. 8824/15, Brussels, 12 May 2015. Il documento, classificato, è stato reso pubblico da *Wikileaks* il 25 maggio 2015, ed è reperibile su [www.wikileaks.org](http://www.wikileaks.org).

<sup>399</sup> L'UNSIMIL è una missione politica speciale integrata, istituita il 16 ottobre 2011 dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con la risoluzione 2009(2011), a seguito della richiesta delle autorità libiche di un supporto nei confronti del nuovo governo di transizione del Paese, impegnato nella fase di ricostruzione post-conflitto. Il mandato dell'UNSIMIL è stato modificato ed esteso attraverso le risoluzioni 2022(2011), 2040(2012), 2095(2013), 2144(2014), 2238(2015), 2323(2016) e, in ultimo, dalla ris. 2376(2017), mediante la quale l'UNSC ha prorogato il mandato della missione fino al 15 settembre 2018. Ulteriori informazioni circa la missione sono reperibili al sito [unsimil.unmissions.org](http://unsimil.unmissions.org).

the wider region, all of which will be fundamental for the success of the envisaged CSDP operation” (par. 17).

Di poco successivo a tali raccomandazioni, e sempre nell’ottica della stesura del CMC, è il parere rilasciato dal Comitato militare dell’Unione europea (*European Union Military Committee, EUMC*) al Comitato politico e di sicurezza<sup>400</sup>, in data 12 maggio 2015<sup>401</sup>. Tale documento è particolarmente rilevante in quanto si sofferma su alcuni aspetti chiave della missione tra cui, in particolare, il rafforzamento delle misure coercitive nei confronti dei trafficanti e la definizione chiara delle basi giuridiche entro cui operare, le quali “should be further developed and set in a single document, summarizing the current situation, what freedom of action exists, the open legal issues and the actions to be taken to solve these issues”.

Il Comitato militare insiste, inoltre, sulla necessità di chiarire ulteriormente cosa si intenda con il termine “people smuggling”, nonché altra terminologia ad esso correlata, come “human trafficking”, “refugees”, “migrants”, “interdiction”, “assets” e altri (par. 2), nonché di definire una *Initiative Military Directive* (IMD) dettagliata e completa. Nelle sue considerazioni circa la missione, l’EUMC la ritiene, da un lato, “militarily challenging given the extraordinarily complex situation at sea and on shore”, dall’altro, “militarily feasible under the premises of a robust legal framework and rules of engagement” (par. 7) (corsivo aggiunto). L’insistenza del Comitato sulla definizione di regole di ingaggio (*Rules of Engagement, RoE*) ben chiare e dettagliate va tenuta presente se si considera che, come si vedrà a breve, nel rapporto semestrale relativo all’attuazione dell’operazione EUNAVFOR MED si rilevano ancora delle criticità dal punto di vista operativo<sup>402</sup>. In particolare, la definizione delle RoE è

---

<sup>400</sup> Il Comitato militare dell’Unione europea è il supremo organo militare all’interno del Consiglio dell’Unione europea; luogo di incontro per le consultazioni militari e la cooperazione tra Stati membri dell’Unione nell’ambito di prevenzione dei conflitti e gestione delle crisi. È composto dai Capi della difesa (*Chiefs of Defence (CHOD)*), e dai loro rappresentanti militari (*Milreps*). Il Presidente del Comitato, eletto dal Consiglio tra ufficiali a quattro stelle, su raccomandazione dei capi della difesa, resta in carica per tre anni. Per maggiori informazioni si veda la “Decisione del Consiglio del 22 gennaio 2001 che istituisce il comitato militare dell’Unione europea”, in GUUE, 30 gennaio 2001.

<sup>401</sup> Council of the European Union, from European External Action Service (EEAS) to Political and Security Committee (PSC), “Military Advice on the ‘Draft Crisis Management Concept for a possible CSDP operation to disrupt human smuggling networks in the Southern Central Mediterranean”, doc. 8802/15, Brussels, 12 May 2015. Il documento, classificato, è stato reso pubblico da *Wikileaks* il 25 maggio 2015, ed è reperibile su [www.wikileaks.org](http://www.wikileaks.org).

<sup>402</sup> Council of the European Union, from the European External Action Service (EEAS) to Political and Security Committee and European Union Military Committee, “EUNAVFOR MED Op SOPHIA – Six Monthly Report 22 June – 31 December 2015”, doc. EEAS (2016) 126, Brussels, 28 January 2016.

ritenuta fondamentale per il ricorso all'uso della forza, ripetutamente considerato inevitabile dal Comitato, da attuarsi per il sequestro delle imbarcazioni “in a non-compliant situation”, per la neutralizzazione delle navi e dei beni dei trafficanti, in particolari situazioni di salvataggio degli ostaggi e per la temporanea detenzione “of those posing a threat to the force or suspected of crimes”. Inoltre, regole di ingaggio sono ritenute necessarie “for the handling of migrants and smugglers”. Tale riferimento alla gestione dei migranti per cui sarebbero necessarie delle regole di ingaggio non viene ulteriormente chiarito all'interno del parere del Comitato né, tantomeno, nella decisione finale del Consiglio. Dal momento che gli obblighi di salvataggio dei migranti sono ampiamente ribaditi dall'UNCLOS, il cui rispetto è riconosciuto esplicitamente dalla decisione, e che la gestione dei migranti una volta sbarcati è oggetto di norme ben precise dell'Unione, viene da chiedersi cosa si intenda per “handling of migrants”. Si potrebbe ritenere, solo a livello ipotetico dal momento che i documenti resi pubblici dal Consiglio non forniscono delucidazioni a riguardo, che tale espressione faccia riferimento alla pre-identificazione dei migranti a bordo delle navi militari su cui vengono trasbordati, o alla scelta del “porto sicuro” in cui le persone soccorse dovrebbero essere fatte sbarcare, o entrambe le cose<sup>403</sup>. In realtà, il piano operativo iniziale della missione, e tuttora in vigore, stabilisce che tutti i migranti soccorsi nell'ambito delle operazioni di contrasto allo *smuggling* ad opera di EUNAVFOR MED debbano essere sbarcati in Italia. A seguito dei mutamenti politici in corso in Italia, tuttavia, nel mese di luglio si è iniziato a parlare di una possibile modifica del mandato di EUNAVFOR MED, che però ancora non si è concretizzato<sup>404</sup>. Per quanto riguarda il passaggio alle varie fasi, l'EUMC considera di particolare importanza l'attività di *intelligence* a cui è dedicata la prima fase, pur ritenendola poco efficace se non seguita dalle fasi successive, in particolare dalla terza (distruzione delle navi utilizzate dai trafficanti), che rappresenterebbe l'apice e il fulcro della missione. Il Comitato stabilisce che il passaggio da una fase all'altra, che sono da considerarsi

---

Documento classificato, pubblicato da *Wikileaks* in data 17 febbraio 2016, reperibile su [www.wikileaks.org](http://www.wikileaks.org).

<sup>403</sup> Non è possibile fornire ulteriori delucidazioni circa le Regole di ingaggio e il Piano operativo, in quanto i due documenti non sono in alcun modo divulgabili, a tutela dei militari coinvolti nell'operazione (intervista al Capitano della Marina Militare italiana, De Renzis Sonnino, rilasciata telefonicamente in data 13 agosto 2018).

<sup>404</sup> Intervista telefonica con il Capitano della Marina Militare italiana, De Renzis Sonnino, in data 13 agosto 2018.

“as an accumulation of tasks and not as independent activities” (par. 9), debba avvenire attraverso un’apposita raccomandazione del Comandante dell’operazione (*Operation Commander, opCdr*), supportata dall’EUMC, al Comitato politico e di sicurezza. Il termine della missione, la cui durata è fissata indicativamente in un anno, non è stabilito in modo chiaro nel CMC, sebbene vengano fornite alcune linee guida, tra cui il fatto che “the flow of migrants and smugglers activities have been significantly reduced” (par. 16). Relativamente alla fine della fase uno, invece, essa sarebbe auspicabile una volta raggiunto “a sufficient understanding of the migrants’ smuggling and trafficking business models, financing, routes, places of embarkation, capabilities and identities” (par. 16).

Di particolare importanza, secondo il Comitato militare, è la creazione di meccanismi di interazione, incluso lo scambio di informazioni e, laddove necessario, il coordinamento dell’uso dei mezzi militari, con altri partner, tra cui le Nazioni Unite, la NATO, la Lega Araba, Stati terzi – tra cui Egitto, Tunisia e, se possibile, un Governo libico riconosciuto –, INTERPOL, altre missioni dell’Unione come EUBAM Libya, EUCAP Sahel Niger, EUCAP Sahel Mali, nonché con agenzie dell’Unione quali EUROPOL, EUROJUST, EASO e FRONTEX. Il coordinamento tra l’operazione *SOPHIA* e le agenzie specializzate dell’Unione verrà affrontato più avanti nel presente capitolo: per il momento è bene notare che, per quanto FRONTEX abbia dei compiti nettamente diversi da quelli di EUNAVFOR MED, il Comitato richiede una stretta collaborazione tra l’agenzia di controllo delle frontiere esterne e la missione militare “for the management and transfer of migrants, possible detention and prosecution of smugglers and to dispose, or to tow the seized vessels” (par. 42).

Giungendo ora alla dec. 778/2015, è interessante notare che nel preambolo il Consiglio fa leva sulla necessità di agire “in order to prevent human tragedies resulting from the smuggling of people across the Mediterranean” (par. 1) ed esprimendo “its indignation about the situation in the Mediterranean”, sottolinea la volontà dell’Unione di mobilitare “all efforts at its disposal to prevent further loss at sea and to tackle the root causes of this human emergency” e stabilisce quale priorità immediata “to prevent more people dying at sea” (par. 2). Al par. 3, infine, il Consiglio si impegna a contrastare i trafficanti, nel rispetto delle norme di diritto internazionale, “by undertaking systematic efforts to identify, capture and destroy vessels before they are used (by traffickers)” e dichiara di aver informato, in data 11 maggio 2015, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite circa l’intento di creare, stante la “crisi dei migranti



nel Mediterraneo”, una missione navale dell’Unione per la quale sarebbe stato necessario il suo supporto (par. 4). L’intento dichiaratamente umanitario che emerge dal Preambolo è la risposta immediata dell’Unione al naufragio di migranti più ingente degli ultimi anni, avvenuto nel Canale di Sicilia durante la notte del 18 aprile 2015, il quale ha provocato 58 vittime accertate, tra i 700 e i 900 dispersi<sup>405</sup>, e lasciando solo 28 superstiti. La scelta di mettere in primo piano l’emergenza umanitaria ha sollevato certe perplessità da parte di alcuni autori a causa dell’assoluta assenza di riferimenti, nel Preambolo, alla minaccia per la sicurezza dell’Unione che deriverebbe dall’espandersi delle reti di traffico<sup>406</sup>. Tale critica, condivisibile dal punto di vista della coerenza degli intenti, tuttavia, non rileva da un punto di vista delle basi giuridiche, dal momento che, come si vedrà nei successivi paragrafi, le azioni PSDC, ai sensi dell’art. 43 TUE possono riguardare anche “humanitarian and rescue tasks”. D’altra parte, è bene notare che l’Alto rappresentante dell’Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza, Federica Mogherini, ha dichiarato, in seduta dinanzi al Consiglio di Sicurezza, che la crisi del Mediterraneo “is not only a humanitarian emergency, but also a security crisis, since smuggling networks are linked to, and in some cases finance, terrorist activities, which contributes to instability in a region that is already instable enough”<sup>407</sup>.

Ritornando al corpo centrale della decisione, l’obiettivo (*mission*) che il Consiglio attribuisce all’operazione (art. 1) è quello di contribuire “to the disruption of the

---

<sup>405</sup> Il fatto, riportato da diversi organi di stampa, riguardava un barcone partito dall’Egitto, che aveva caricato i migranti da un porto libico vicino alla città di Zuara. Il Centro Nazionale Soccorso (CNS) della Guardia Costiera ricevette una telefonata da un satellitare Thuraya, da cui giungeva la richiesta di aiuto dei migranti a bordo. Individuate le coordinate da parte della Guardia Costiera italiana, il portacontainer portoghese King Jacob individuò l’imbarcazione a circa 70 miglia a nord delle coste libiche (110 miglia a sud di Lampedusa). Secondo quanto raccontato dal comandante del mercantile, i migranti, visto il portacontainer, si spostarono in massa sulla stessa fiancata dell’imbarcazione, facendo capovolgere il barcone; altre testimonianze, tuttavia, denunciarono una collisione tra il portacontainer e l’imbarcazione trasportante i migranti (tra gli altri, “Naufragio nel canale di Sicilia ‘A bordo in 950, molte donne e bambini’, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 19 aprile 2015). Subito dopo il naufragio scattò un’imponente operazione di soccorso, che coinvolse anche le navi dell’operazione Triton dell’agenzia FRONTEX, unità navali della Guardia Costiera, della Marina Militare italiana e maltese, mercantili e pescherecci di Mazara del Vallo (Trapani), per un totale di 18 mezzi, coordinati dalla nave Gregoretti della Guardia Costiera. Il comandante della nave trasportante i profughi è stato condannato, con sentenza del Gup di Catania del 13 dicembre 2016, a 18 anni di reclusione per favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, omicidio plurimo e naufragio.

<sup>406</sup> M. GESTRI, *EUNAVFOR MED: fighting migrant smuggling under UN Security Council Resolution 2240(2015)*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2016, pp. 19-54.

<sup>407</sup> UN Security Council, UN Doc. S/PV.7439, 11 May 2015, p. 2 e ss.

business model of human smuggling and trafficking networks in the Southern Central Mediterranean” da compiersi tramite “systematic efforts to identify, capture and dispose of vessels and assets used *or suspected of being used* by smugglers or traffickers” e nel pieno rispetto del diritto internazionale, inclusi l’UNCLOS ed eventuali risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Tornando alle riflessioni circa la coerenza di intenti di cui si trattava poco sopra, appare qui nettamente il distacco tra l’intento dichiarato nel Preambolo di gestire una “crisi umanitaria” e l’obiettivo espresso dall’art. 1.

Per quanto riguarda il mandato (art.2), la missione, che dovrebbe operare “with the political, strategic and political-military objectives set out in the Crisis Management Concept” si declina in varie fasi, la prima delle quali è incentrata sull’identificazione e il monitoraggio “of migration networks through information gathering and patrolling on the high seas in accordance with international law”. Tale valutazione si basa essenzialmente sull’identificazione dei modelli esistenti riprodotti dai trafficanti, ricavati dal monitoraggio delle rotte da essi utilizzate per attraversare il Mar Mediterraneo<sup>408</sup>. Questa prima fase, in quanto limitata alla raccolta di informazioni, non necessita di alcuna risoluzione del Consiglio di Sicurezza al fine della sua piena attuazione. Piuttosto, come verrà in luce a breve, è proprio in questo momento che si registra il coinvolgimento di altre agenzie dell’Unione, quali FRONTEX, EUROPOL ed EUROJUST. Alla luce di questo, sebbene la missione EUNAVFOR MED, come espressamente stabilito dall’art. 1 decisione del Consiglio che l’ha istituita<sup>409</sup>, rientri di nome e di fatto nella categoria delle operazioni militari di gestione della crisi<sup>410</sup>, è bene notare che, almeno per quanto attiene alla prima fase di raccolta informazioni e *intelligence*, che prevede peraltro una cooperazione con personale e agenzie dell’Unione non militari (es. funzionari di polizia) si potrebbe altresì ritenere che

---

<sup>408</sup> Art. 2, par. a): “in a first phase, (EUNAVFOR Med shall) support the detection and monitoring of migration networks through information gathering and patrolling on the high seas in accordance with international law”.

<sup>409</sup> Art. 1, par. 1: “The Union shall conduct a military crisis management operation contributing to the disruption of the business model of human smuggling and trafficking networks in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), achieved by undertaking systematic efforts to identify, capture and dispose of vessels and assets used or suspected of being used by smugglers or traffickers, in accordance with applicable international law, including UNCLOS and any UN Security Council Resolution”.

<sup>410</sup> Art. 1 della decisione: “The Union shall conduct a military crisis management operation (...)”.

l'Operazione *Sophia* non rappresenti un'operazione militare in senso stretto, quanto piuttosto un'operazione mista<sup>411</sup>.

La seconda fase che, come si vedrà a breve, appare la più problematica dal punto di vista applicativo e giuridico, è a sua volta suddivisa in tre sotto-fasi: nella prima, EUNAVFOR MED deve condurre “boarding, search, seizure and diversion on the high seas of vessels suspected of being used for human smuggling or trafficking” nel rispetto delle norme di diritto internazionale applicabili, inclusi l'UNCLOS e il Protocollo di Palermo; nella seconda, in conformità con “any applicable UN Security Council Resolution or consent by the coastal State”, le unità coinvolte nella missione conducono “boarding, search, seizure and diversion, on the high seas or in the territorial and internal waters of that State, of vessels suspected of being used for human smuggling or trafficking, under the conditions set out in that Resolution or consent”; infine, la terza, e anche la più complicata da attuare, riguarda l'adozione, previa autorizzazione tramite risoluzione del Consiglio di Sicurezza o consenso dello Stato interessato (la Libia), di “*all necessary measures against a vessel and related assets, including through disposing of them or rendering them inoperable*” che sono sospettati di essere usati per il traffico e la tratta di esseri umani, nel territorio di tale Stato.

Il riferimento alla necessità di una preventiva autorizzazione del Consiglio di Sicurezza per il passaggio alle due sotto-fasi successive è particolarmente interessante tenuto conto che in genere l'istituzione di una missione europea implicante l'uso della forza è sempre avvenuta in un momento successivo rispetto all'adozione di una risoluzione da parte del Consiglio. Anche sotto questo aspetto, dunque, l'Operazione EUNAVFOR MED rappresenta un *unicum*; la possibilità del Consiglio di istituire la missione senza un'autorizzazione preventiva dell'UNSC deriva dalla suddivisione stessa dell'operazione in fasi, delle quali la prima (raccolta di informazioni e condivisione di *intelligence*) non necessita, per le azioni non militari ivi comprese, dell'autorizzazione del UNSC, cosa invece necessaria per il passaggio alla seconda fase. Proprio per tale ragione, la Decisione del Consiglio Ue funge anche da richiesta implicita all'UNSC di autorizzare la seconda fase, che avrebbe potuto essere messa in atto solo previa risoluzione del Consiglio di sicurezza.

All'art. 2, inoltre, la decisione dà facoltà all'operazione di raccogliere, nel rispetto del

---

<sup>411</sup> Sul punto, si rimanda al par. 3.2.1.

diritto applicabile, “personal data concerning persons taken on board ships participating in EUNAVFOR MED related to characteristics likely to assist in their identification, including fingerprints (...)”.

La missione è stata lanciata ufficialmente<sup>412</sup> il 22 giugno 2015 e, dal momento che la sua area operativa si estende nel Mediterraneo centro-meridionale, la scelta del quartier generale è ricaduta su Roma, sotto la guida del contrammiraglio Enrico Credendino della Marina Militare italiana<sup>413</sup>. L’operazione, alla quale ad oggi collaborano 27 Stati membri dell’Unione<sup>414</sup>, è dotata di quattro navi (una *Landing Platform Dock* italiana, una fregata tedesca, una fregata spagnola e una nave britannica), due elicotteri (uno italiano e uno spagnolo) e quattro aeromobili (due lussemburghesi, uno spagnolo e uno polacco)<sup>415</sup>.

In aggiunta, sin dall'inizio dell'Operazione, le navi della Task Force europea hanno potuto contribuire allo sforzo che l’Italia, con l’Operazione Mare Sicuro, l’Europa con l’Operazione Triton dell’Agenzia FRONTEX e molte altre organizzazioni nazionali ed internazionali, con le quali EUNAVFOR MED è in stretto coordinamento, stanno portando avanti nel Mediterraneo Centrale per la salvaguardia della vita umana in mare.

Il 28 settembre 2015 è avvenuta ufficialmente la transizione dalla prima alla seconda fase dell’operazione<sup>416</sup>, limitatamente a quanto attiene alla prima sotto-fase, mentre è stato ribadito che il passaggio alle ulteriori sotto-fasi sarebbe stato subordinato a una risoluzione da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite o al consenso dello

---

<sup>412</sup> Council Decision (CFSP) 2015/972 of 22 June 2015 launching the European Union military operation in the southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), in GUUE L 157/51, 23 giugno 2015.

<sup>413</sup> L’Italia, dal 1° febbraio 2018, ha riassunto il Comando in mare della *Task Force* con l’inserimento di Nave San Giusto quale *flagship* dell’operazione. Finora il dispositivo aeronavale ha visto impegnate, dal 2015 ad oggi, Nave Cavour, Nave Garibaldi, Nave San Giorgio, Nave San Giusto, Nave Zeffiro e Nave Etna.

<sup>414</sup> Stati parte della missione: AUT, BEL, BGR, CYP, CZE, ESP, EST, FIN, FRA, GER, GBR, GRE, HRV, HUN, IRL, ITA, LAT, LIT, LUX, MAL, NED, POL, POR, ROM, SLO, SVK, SVE. Solo la Danimarca non partecipa all’operazione in accordo alla sua legislazione interna che prevede il suo “non coinvolgimento diretto” nella PSDC (Politica di Sicurezza e di Difesa Comune dell’UE).

<sup>415</sup> Il prospetto della missione, aggiornato al 20 marzo 2018, è reperibile su [www.eeas.europa.eu](http://www.eeas.europa.eu).

<sup>416</sup> Political and Security Committee Decision (CFSP) 2015/1772 of 28 September 2015 concerning the transition by EUNAVFOR MED to the second phase of the operation, as laid down in point (b)(i) of Article 2(2) of Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED) (EUNAVFOR MED/2/2015), in GUUE L 258/5, 3 ottobre 2015.

Stato terzo interessato (la Libia), e avrebbe dovuto essere dichiarato pubblicamente tramite decisione del Comitato Politico e di Sicurezza.

Il 26 ottobre 2015 l'Operazione ha ufficialmente assunto il nome di "EUNAVFOR MED operazione *Sophia*"<sup>417</sup> dal nome dato alla bambina nata sulla nave dell'operazione che aveva salvato la madre il 22 agosto 2015 al largo delle coste libiche<sup>418</sup>.

Il 6 ottobre 2015, il Consiglio di Sicurezza, ha adottato la Risoluzione 2240(2015), sulla quale si entrerà nel dettaglio a breve, a cui ha fatto seguito la decisione del CPS relativa all'attuazione delle disposizioni di tale risoluzione da parte della missione EUNAVFOR MED<sup>419</sup>.

È interessante soffermarsi sul primo rapporto semestrale (22 giugno – 31 dicembre 2015) prodotto dal comandante della missione per il Comitato Politico e di Sicurezza il 25 gennaio 2016<sup>420</sup>, per comprendere in maniera più dettagliata gli emendamenti alla decisione che ne hanno fatto seguito. Innanzitutto, il rapporto fornisce il quadro emerso dalla raccolta di informazioni e di *intelligence* che si è conclusa con la prima fase della missione, e che è utile riassumere per sommi capi. Per quanto riguarda le rotte interessate dal traffico di migranti, il rapporto ne individua tre principali: la rotta del Mediterraneo occidentale, dal Marocco o dall'Algeria verso la Spagna o le Canary Islands nell'Oceano Atlantico; la rotta del Mediterraneo orientale, dalla Turchia verso la Grecia; e la rotta del Mediterraneo centrale, l'area di riferimento dell'operazione *SOPHIA*, utilizzata tra gennaio e dicembre 2015 da 154.725 migranti, dei quali il 91% è partito dalla Libia, mentre l'8% dall'Egitto. In quest'area, la maggior parte degli interventi di soccorso in mare è avvenuto nel c.d. "triangolo di Lampedusa" (le cui basi sono i porti di Zuwhara e di Misurata, mentre l'apice è l'isola di Lampedusa), tra le 30 e le 40 miglia di distanza dalla linea delle acque territoriali libiche. Nei due terzi

---

<sup>417</sup> Art. 1 della Council Decision (CFSP) 2015/1926 of 26 October 2015 amending Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), in GUUE L 281/13, 27 ottobre 2015.

<sup>418</sup> La bambina nacque il 24 agosto 2015 a bordo della fregata tedesca Schleswig-Holstein, membro della *task force* di EUNAVFOR MED da una donna somala che fu soccorsa insieme ad altri 453 migranti che furono sbarcati nel porto di Taranto. Il nome della bambina è stato scelto in memoria della principessa prussiana Sophia Schleswig-Holstein, di cui la nave tedesca porta il nome.

<sup>419</sup> Political and Security Committee Decision (CFSP) 2016/118 of 20 January 2016 concerning the implementation by EUNAVFOR MED operation SOPHIA of the United Nations Security Council Resolution 2240(2015) (EUNAVFOR MED operation SOPHIA/1/2016), in GUUE L 23/63, 29 gennaio 2016. Il tema verrà ripreso al paragrafo seguente.

<sup>420</sup> V. sopra nota 396.

dei casi, sono stati utilizzati gommoni, mentre per un terzo vengono adoperati barconi in legno che vengono acquistati da pescatori o importati da Tunisia ed Egitto. Il rapporto, poi, fa riferimento a un'intercettazione alla dogana maltese di una nave porta container trasportante gommoni indirizzati a Misurata, la quale rafforzerebbe l'ipotesi secondo cui i gommoni verrebbero fabbricati in Cina e trasbordati a Malta.

I migranti da trasportare vengono reclutati attraverso *social media* o tramite una sorta di agenzie di viaggio gestite dai *network* di traffico al di fuori del territorio libico. Prima della partenza, i migranti sono trattenuti in c.d. *safe houses* in aree periferiche a pochi chilometri dalla spiaggia, dove possono restare da pochi giorni a diversi mesi, per poi essere trasferiti in aree di raccolta, dove generalmente avviene l'ultima *tranche* di pagamento e si distribuiscono biglietti e "carte d'imbarco" utili al proseguimento del tragitto.

In Libia, la maggior parte delle partenze avviene nella zona della Tripolitania, dove il business di traffico rappresenta un'industria fiorente che genera profitti tra i 250 e i 300 milioni di euro, in particolare a causa del permeare di tre condizioni essenziali: l'aumento dei migranti che utilizzano la rotta del Mediterraneo centrale per raggiungere l'Europa; la possibilità per i trafficanti di agire eludendo, o con la collusione delle milizie; la capacità di garantire un trasporto verso l'Europa diretto, o tramite le navi di soccorso. Al contrario, si è registrata una diminuzione delle partenze da Zuwarah, a causa dell'inasprirsi delle tensioni fra le milizie locali, che ha ridotto la libertà di movimento e ha reso più complesse le attività di *smuggling*.

Per quanto riguarda le tecniche di traffico (definite nel rapporto *Tactics, Techniques and Procedures, TTP*), il rapporto evidenzia un'evoluzione: fino all'inizio di giugno, infatti, le navi navigavano in autonomia, condotte da un paio di migranti istruite sull'utilizzo del GPS e su come effettuare la chiamata ai soccorsi, già preventivata dai trafficanti, come dimostra lo scarso rifornimento di carburante, con cui le imbarcazioni avrebbero potuto raggiungere al massimo le 60 miglia dalla costa di partenza<sup>421</sup>. Dall'inizio di giugno, invece, i trafficanti hanno iniziato sempre più spesso a scortare le navi fino alle sole acque internazionali (*TTP 2 – "Escorted"*). La causa, secondo le testimonianze raccolte da FRONTEX dai migranti soccorsi, sarebbero le crescenti rivalità tra gruppi di trafficanti. In realtà, in seguito all'attuazione della seconda fase della missione in alto mare, i trafficanti hanno ridotto l'attività di scorta alle acque

---

<sup>421</sup> Questo tipo di navigazione in autonomia viene definita dal rapporto "TTP 1 – Unescorted".

territoriali (*TTP 3 – “Territorial escort”*). Il comandante dell’operazione ha evidenziato il fatto che, essendo lo *smuggling* un crimine economico, è importante colpire i profitti, motivo per cui il passaggio alle ultime due fasi della missione sarebbe fondamentale, in quanto andrebbero a colpire gli *asset* dei trafficanti riducendone gli introiti.

Nel corso del rapporto, inoltre, il Comandante ha ribadito più volte l’importanza che hanno avuto le attività di coordinamento con le agenzie europee, con le organizzazioni internazionali (UNHCR e UNICEF), e alcune organizzazioni non governative, come Medici Senza Frontiere e Save the Children. Particolare importanza, inoltre, è stata riconosciuta al ruolo svolto dall’Italia, nello specifico dalla Direzione Nazionale Antimafia, che ha prodotto delle linee guida relative all’esercizio della giurisdizione italiana sulle navi utilizzate per il trasporto di migranti<sup>422</sup>, e ha contribuito alla formazione del primo “Osservatorio europeo sul traffico di migranti e la tratta di esseri umani”, che si prefigge di raccogliere in maniera sistematica tutte le notizie e i dati che riguardano il fenomeno della tratta di esseri umani attraverso un sistema informatizzato di nuova generazione, finalizzato all’analisi e alla valutazione dei metodi di approccio alle organizzazioni criminali<sup>423</sup>.

Il rapporto affronta, poi, gli obiettivi successivi che l’operazione deve raggiungere, in particolare l’intervento nelle acque territoriali libiche, che deve essere però autorizzato dal consenso dello Stato interessato, o meglio del *Government of National Accord* (GNA) di cui si tratterà nei successivi paragrafi, e da un’ulteriore risoluzione del Consiglio di Sicurezza.

Il 20 giugno del 2016, la Commissione Europea ha esteso il mandato dell’operazione *Sophia* per un ulteriore anno, fino quindi al 27 luglio 2017, aggiungendo, altresì, due compiti integrativi al mandato della missione: l’addestramento della Guardia Costiera e della Marina libica; e il contributo alle operazioni di embargo alle armi in accordo alla Risoluzione delle Nazioni Unite nr. 2292 (2016), poi rinnovata con la Risoluzione 2357 (2017).

---

<sup>422</sup> Direzione Nazionale Antimafia, *Associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. Navigli usati per il trasporto di migranti con attraversamento di acque internazionali. Proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e possibilità di intervento*, 9 gennaio 2014, reperibile su [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it).

<sup>423</sup> Per maggiori informazioni si veda Ministero della Difesa, “Operazione SOPHIA: nasce il primo osservatorio europeo sul traffico di migranti”, 4 luglio 2017, su [www.difesa.it](http://www.difesa.it).

In data 30 agosto 2016 il Comitato Politico e di Sicurezza dell'Unione, con Decisione (CFSP) 2016/1635 ha stabilito che EUNAVFOR MED sarebbe stata coinvolta nel “capacity building and training” della Guardia Costiera libica per le attività di contrasto allo *smuggling* in alto mare<sup>424</sup>. Il piano operativo dell'addestramento è stato concordato tramite un *Memorandum of Understanding*, siglato il 23 agosto 2016, tra il comandante dell'operazione, ammiraglio Enrico Credendino, e il comandante della *Libyan Navy Coast Guard and Port Security*<sup>425</sup>, il Commodoro Abdallah Toumia<sup>426</sup>. Il programma vede attivamente coinvolti numerosi altri organismi, tra cui EUBAM Libya<sup>427</sup> e FRONTEX, ed è suddiviso in tre pacchetti: un addestramento in mare; uno a terra, in centri di addestramento dedicati di Paesi dell'Unione europea; e uno in Libia, e a bordo di unità di pattugliamento della Guardia costiera e della Marina libica. Il 26 ottobre 2016, i primi 78 membri dei corpi navali libici si sono imbarcati sulle navi dell'Unione adibite all'addestramento, al fine di “enhance their capability to disrupt smuggling and trafficking in Libya and to perform search and rescue activities, aimed at saving lives and improving security in the Libyan territorial waters”<sup>428</sup>.

Il 30 gennaio 2017 ha avuto inizio il secondo pacchetto del programma presso un centro di addestramento a Creta: 20 ufficiali della Guardia costiera e Marina libica vengono formati in varie aree, tra cui gli aspetti giuridici relativi al diritto del mare, diritti umani e rafforzamento della coscienza sulla parità di genere, nonché sulle attività di ricerca e soccorso in mare. A parte di tali moduli di addestramento, peraltro, hanno partecipato anche UNHCR e OIM.

---

<sup>424</sup> Council of the European Union, “Political and Security Committee Decision (CFSP) 2016/1635 of 30 August 2016 on the commencement of the capacity building and training of the Libyan Coast Guard and Navy by the European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED operation Sophia) (EUNAVFOR MED/3/2016).

<sup>425</sup> È importante tenere presente che la Guardia Costiera Libica è un corpo facente parte della Marina Militare libica, che risponde al GNA di Al Serraj, nella zona della Tripolitania.

<sup>426</sup> Alcune informazioni sul *MoU* tra EUNAVFOR MED e la Guardia costiera libica, ma non il testo completo del documento, sono reperibili sul sito [eeas.europa.eu](http://eeas.europa.eu).

<sup>427</sup> L'operazione EU Border Assistance Mission in Libya (EUBAM Libya) è una missione civile istituita dal Consiglio dell'unione europea in data 22 marzo 2013, su invito della Libia stessa, al fine di supportare le autorità libiche nel rafforzare e sviluppare la sicurezza ai confini dello Stato. Proprio per lo scopo che intende raggiungere, nell'ambito di tale missione, in data 14 febbraio 2018, è stato firmato un *MoU* tra il Minitro della giustizia libico, HE Mohamed Abdelwahed Abdelhameed, e il comandante di EUBAM Libya, Vincenzo Tagliaferri, in cui si stabilisce un programma di cooperazione strategica e si definiscono piani di cooperazione a breve e lungo termine per il rafforzamento della giustizia penale in Libia.

<sup>428</sup> EEAS, “Operation SOPHIA: package 2 of the Libyan Navy Coast Guard and Libyan Navy training launched today”, Brussels, 30 January 2017, in [eeas.europa.eu](http://eeas.europa.eu).



Ad oggi, sono stati formati 237 militari della Guardia Costiera libica, e sono state messe in atto anche operazioni unilaterali di supporto e assistenza alla Libia, ad esempio da parte dell'Italia che, attraverso le navi coinvolte nell'operazione "Mare Sicuro", fornisce attività di supporto logistico e tecnico-manutentivo alla Marina libica<sup>429</sup>.

Il 25 luglio 2017, in concomitanza con il rinnovo dell'operazione fino al 31 dicembre 2018, il Consiglio ha aggiunto al suo mandato tre nuovi compiti integrativi: istituire un meccanismo di controllo del personale in formazione per assicurare l'efficienza a lungo termine della formazione della Guardia Costiera e della Marina libica; svolgere nuove attività di sorveglianza e raccogliere informazioni sul traffico illecito delle esportazioni di petrolio dalla Libia, conformemente alle risoluzioni 2146 (2014)<sup>430</sup> e 2362 (2017)<sup>431</sup> del Consiglio di sicurezza dell'ONU; migliorare le possibilità per lo scambio di informazioni sulla tratta di esseri umani con le agenzie di contrasto degli Stati membri, FRONTEX ed EUROPOL.

Un'importante misura adottata dall'Unione, volta a interferire con l'attività illecita dei trafficanti, è il divieto, attraverso il regolamento 2017/1325, di fornire alla Libia gommoni e motori fuoribordo<sup>432</sup>. Tale regolamento, che modifica il precedente, e più generico, regolamento (UE) 2016/44 relativo alle misure restrittive da adottare nei confronti della Libia, si rivolge nello specifico al divieto, previa autorizzazione preventiva, di esportare in Libia tutte quelle merci<sup>433</sup> che potrebbero essere usate per

---

<sup>429</sup> Intervista telefonica registrata, rilasciata dal Capitano della Marina Militare italiana, Antonello De Renzis Sonnino in data 13 agosto 2018. Sul punto, si veda anche Ministero della Difesa, *Missioni militari: Nave Caprera sostituisce la Capri nella missione bilaterale di assistenza e supporto in Libia*, 30 marzo 2018, in *difesa.it*.

<sup>430</sup> UN Security Council, *Security Council resolution 2146 (2014) on the measures imposed on any vessels transporting crude oil illicitly exported from Libya*, 3 April 2014, S/RES/2146 (2014).

<sup>431</sup> UN Security Council, *Security Council resolution 2362 (2017) on extension of the authorizations provided by and the measures imposed by Security Council resolution 2146 (2014) and on extension of the mandate of the Panel of Experts concerning Libya until 15 Nov. 2017*, 29 June 2017, S/RES/2362 (2017).

<sup>432</sup> Regolamento (UE) 2017/1325 del Consiglio del 17 luglio 2017 che modifica il regolamento (UE) 2016/44 concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Libia, in GUUE L 185/16, del 18 luglio 2017.

<sup>433</sup> Come stabilito dall'allegato VII all'art. 2bis, le merci di cui è esplicitamente vietata, previa autorizzazione preventiva, sono: motori per la propulsione di navi di tipo fuoribordo (motori a scoppio e motori a pistone); motori elettrici per la propulsione di navi di tipo fuoribordo, di potenza inferiore o uguale a 750 W; motori elettrici per la propulsione di navi di tipo fuoribordo, di potenza superiore a 750 W ed inferiore o uguale a 75 kW; imbarcazioni pneumatiche da diporto o da sport; imbarcazioni con motore fuoribordo.

il traffico di migranti e la tratta di esseri umani, e include anche il divieto di fornire assistenza tecnica per il loro utilizzo o di fornire qualsivoglia forma di finanziamento<sup>434</sup>.

Particolarmente rilevante, nell'ottica delle cooperazione e del coordinamento tra EUNAVFOR MED e le agenzie dell'Unione – aspetto che, come detto, rende l'Operazione *Sophia* unica nel suo genere – è l'istituzione, a partire da luglio 2018, di una *Crime Information Cell*, un progetto pilota che prevede la presenza, sulla nave ammiraglia San Giusto, di un team di cinque esperti, appartenenti a EUNAVFOR MED, FRONTEX ed EUROPOL, allo scopo di migliorare ulteriormente lo scambio di informazioni sulle attività criminali nel Mar Mediterraneo Centrale e fornire una piattaforma condivisa per sfruttare appieno le capacità delle Agenzie Europee coinvolte<sup>435</sup>. Si tratta del primo caso in cui una cellula di polizia viene istituita nell'ambito di un'operazione di militare, le cui prime risultanze di tale progetto verranno pubblicate dopo i primi sei mesi di operatività<sup>436</sup>.

A livello di scambio informativo, estremamente rilevante, poi, è l'istituzione del forum consultivo *Shared Awareness and De-confliction in the Mediterranean (Shade MED)*, che si ripete ogni sei mesi, e oggi è giunto alla sesta edizione, il quale, organizzato nell'ambito dell'Operazione *Sophia*, prevede una tavola rotonda tra i diversi attori coinvolti nel contrasto ai traffici nel Mediterraneo. Nella sessione di giugno 2017, ad esempio, erano presenti rappresentanti dell'*International Centre of Migration Policy Development*, della NATO, di EUROJUST, della Direzione Nazionale Antimafia, di EUROPOL e di INTERPOL<sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> Art. 2bis, par.1: “1. Occorre un'autorizzazione preventiva per: a) vendere, fornire, trasferire o esportare, direttamente o indirettamente, i beni di cui all'allegato VII, originari o meno dell'Unione, a qualsiasi persona, entità o organismo in Libia, o per un uso in Libia; b) fornire assistenza tecnica o servizi di intermediazione pertinenti ai beni di cui all'allegato VII, o pertinenti alla fornitura, alla fabbricazione, alla manutenzione e all'impiego di detti beni, direttamente o indirettamente, a qualunque persona, entità o organismo in Libia o per un uso in Libia; c) fornire finanziamenti o assistenza finanziaria in relazione ai beni di cui all'allegato VII, compresi in particolare sovvenzioni, prestiti e assicurazione dei crediti all'esportazione per la vendita, la fornitura, il trasferimento o l'esportazione di tali prodotti o per la fornitura di assistenza tecnica o di servizi di intermediazione connessi, direttamente o indirettamente, a qualsiasi persona, entità o organismo in Libia, o per un uso in Libia.

<sup>435</sup> Cfr. Ministero della Difesa, *EUNAVFOR: attivato il progetto pilota Crime Information Cell*, 5 luglio 2018, reperibile su [difesa.it](http://difesa.it); EUROPOL, *The Crime Information Cell – “Pilot Project” Bridging Internal and External Security of EU*, 5 luglio 2018, reperibile su [europol.europa.eu](http://europol.europa.eu).

<sup>436</sup> Intervista telefonica a De Renzis Sonnino, 13 agosto 2018.

<sup>437</sup> Informazioni sono reperibili al sito [operationsophia.eu](http://operationsophia.eu).

### 3.2.1 Il quadro giuridico dell'UE di riferimento: le operazioni civili e militari dell'Unione europea<sup>438</sup>

L'ambito delle politiche dell'Unione europea entro cui naturalmente si inquadra l'Operazione *SOPHIA* è quello della Politica di sicurezza e difesa comune (PSDC)<sup>439</sup>, quale parte integrante della Politica estera e di difesa comune (PESC)<sup>440</sup>, con

---

<sup>438</sup> L'Unione europea conta, ad oggi, sei operazioni militari attive: EUFOR ALTHEA/Bosnia Herzegovina (dal 2004); EUNAVFOR MED (dal 2015); EU NAVFOR/Atalanta (dal 2010); EUTM RCA/Central African Republic (dal 2016); EUTM/Mali (dal 2013); EUTM/Somalia (dal 2008); e dieci missioni civili: EUBAM/Moldova and Ukraine (dal 2005); EUAM/Ukraine (dal 2014); EUMM/Georgia (dal 2008); EUAM Rafah/Palestinian Territories (dal 2005); EUAM/Iraq (dal 2017); EUCAP/Somalia (dal 2012); EUBAM/Libya (dal 2013); EUCAP/Sahel Niger (dal 2012); EUCAP/Sahel Mali (dal 2014); EULEX/Kosovo (dal 2008); EUPOL COPPS/Palestinian Territories (dal 2006). Per ulteriori informazioni circa le missioni militari e civili dell'Unione si veda [www.eeas.europa.eu](http://www.eeas.europa.eu).

<sup>439</sup> La Politica di Sicurezza e Difesa Comune (PSDC), come parte integrante della PESC, ne segue le regole, salvo eccezioni. Al vertice della PSDC si pongono il Consiglio europeo, con una funzione di indirizzo politico, ed il Consiglio dell'UE che elabora la politica estera e di sicurezza comune e prende le decisioni necessarie per la definizione e l'attuazione di tale politica in base agli orientamenti generali e alle linee strategiche definite dal Consiglio europeo. In tale opera di pianificazione e gestione delle missioni, il Consiglio è coadiuvato da una serie di organismi ausiliari, tra cui il principale è il Comitato politico e di sicurezza.

<sup>440</sup> I Trattati dell'Unione europea contengono numerose disposizioni in materia di azione esterna, le quali si ritrovano sia al Titolo V del Trattato sull'Unione europea (TUE) sia nella parte V del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), e i cui obiettivi sono elencati dettagliatamente agli artt. 21 e 22 del TUE. I suddetti obiettivi sono perseguiti secondo le regole proprie di ciascun settore dell'azione esterna: il TUE comprende la Politica estera e di sicurezza comune (PESC, Capo 2, Sezione 1) e la Politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC) (Capo 2, Sezione 2); la Parte V del TFUE, invece, comprende la politica commerciale comune (artt. 206-207), la cooperazione allo sviluppo (artt. 208-2011), la cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i paesi terzi (artt. 212-213), l'aiuto umanitario (art. 214), le misure restrittive (art. 215), e gli accordi internazionali (art. 216-219).

Tuttavia, come emerso nel capitolo terzo nel caso specifico del contrasto al traffico di migranti, anche altri settori di competenza dell'Unione possono essere rilevanti per l'azione esterna, benché non siano formalmente classificati come tali nei Trattati. È il caso, ad esempio, della politica ambientale (artt. 191-193 TFUE), della politica della pesca (art. 38 TFUE), della politica dei cambi (art. 119 TFUE) e delle disposizioni che maggiormente rilevano ai fini del presente lavoro, ossia quelle sul controllo delle frontiere esterne (art. 77 TFUE).

Ai fini di completezza, occorre ricordare che un importante organismo in materia di PESC, introdotto in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è il Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE), di cui, ai sensi dell'art. 27, par. 3 TUE, l'Alto rappresentante si avvale nell'esecuzione delle sue funzioni. Il Servizio, che lavora in collaborazione con i servizi diplomatici degli Stati membri ed è composto da funzionari dei servizi competenti del Segretariato generale del Consiglio e della Commissione e da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali, è stato creato al fine di favorire la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna suddivisa tra TUE e TFUE (sul punto si rimanda a M. COMELLI, R. MATARAZZO, *La coerenza della politica estera europea alla prova: il nuovo Servizio europeo per l'azione esterna*, Istituto Affari Internazionali, IAI 1010, maggio 2010, in [www.iai.it](http://www.iai.it)).

particolare riferimento alle missioni di gestione delle crisi<sup>441</sup>, che, pur non essendo dotate di un modello uniforme, possono essere distinte in tre gruppi in base alla tipologia di personale utilizzato, ossia militare (missioni militari), civile (missioni civili)<sup>442</sup> o entrambi (missioni miste).

La competenza dell'Unione europea ad intraprendere missioni di gestione delle crisi trova il proprio fondamento giuridico nell'art. 43, par. 1 TUE, il quale elenca le tipologie di operazioni che l'UE può realizzare: “azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni umanitarie e di soccorso, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento per la gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti”.

Costituiscono atti istitutivi delle missioni PSDC le decisioni del Consiglio, adottate ex artt. 28, par. 1 e 43 par. 2 TUE. In via generale, l'art. 28 prevede che “quando una situazione internazionale richiede un intervento operativo dell'Unione, il Consiglio adotta le decisioni necessarie. Esse definiscono gli obiettivi, la portata e i mezzi di cui l'Unione deve disporre, le condizioni di attuazione e, se necessario, la durata”. Con specifico riferimento alle operazioni di gestione delle crisi, invece, l'art. 43 par. 2 stabilisce che “il Consiglio adotta decisioni relative alle missioni (...) stabilendone l'obiettivo, la portata e le modalità generali di realizzazione”.

La decisione del Consiglio, dunque, disciplina gli aspetti generali di ogni operazione, a partire dal preambolo in cui essa specifica il contesto internazionale in cui è maturata la decisione di agire e le azioni eventualmente già intraprese nel medesimo ambito dall'UE stessa o da altre organizzazioni internazionali. In genere, qualora si tratti di

---

<sup>441</sup> Si noti che gli accordi internazionali relativi, principalmente o esclusivamente, alla PESC sono strettamente legati allo svolgimento delle operazioni di gestione delle crisi o alla partecipazione degli Stati terzi alle stesse. Tali accordi possono avere per oggetto lo stato della missione nel paese terzo in cui è dispiegata; la partecipazione di paesi terzi a una specifica operazione – come, ad esempio, l'accordo relativo alla partecipazione del Montenegro all'operazione Atalanta – oppure il quadro generale per la partecipazione dei paesi terzi alle operazioni dell'Ue; e lo scambio delle informazioni classificate.

<sup>442</sup> Le operazioni civili sono condotte grazie all'impiego di tre categorie di operatori: il c.d. *seconded personnel*, ossia pubblici funzionari statali che vengono temporaneamente distaccati presso l'UE, i quali provengono dai ranghi della pubblica amministrazione (poliziotti, giudici, magistrati etc.); gli operatori che, non appartenenti a nessuna delle amministrazioni centrali nazionali, vengono reclutati tramite una *call for contribution*; e staff locale o internazionale assunto direttamente dall'Unione.

una missione militare dotata di poteri coercitivi, il preambolo menziona la risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che ha autorizzato l'operazione.

Altrettanto rilevanti, poi, sono le disposizioni di cui all'art. 29 che riguarda le "decisioni che definiscono la posizione dell'Unione su una questione particolare di natura geografica o tematica" (Posizioni comuni)<sup>443</sup>. Il valore giuridico di tali Posizioni è espresso in modo meno diretto rispetto all'art. 28, che esplicitamente afferma il carattere vincolante delle decisioni dell'Unione che dispongono interventi operativi, pur stabilendo che gli Stati debbano conformare le loro politiche nazionali alle posizioni dell'Unione, nonché difenderle nelle organizzazioni internazionali cui essi partecipano (art. 34). Nella prassi, fanno riferimento all'art. 29 le decisioni con cui l'Unione dispone misure restrittive nei confronti di Stati terzi, individui o gruppi di individui. Si tratta, perlopiù, di misure che l'Unione adotta in attuazione di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con la finalità di sanzionare, ex art. 41 Carta ONU, comportamenti riprovevoli sul piano internazionale in modo da indurre i destinatari a cessare tale condotta. In tal caso, se le misure restrittive riguardano l'embargo sulle armi, la riduzione delle relazioni diplomatiche o il divieto di ingresso per cittadini provenienti da paesi terzi, l'attuazione spetta agli Stati membri. Se invece hanno per oggetto l'interruzione delle relazioni economiche o commerciali, o il congelamento dei capitali, le decisioni ex art. 29 TUE sono accompagnate da un regolamento fondato sull'art. 215 TFUE<sup>444</sup>, che dispone in modo vincolante e direttamente applicabile i divieti previsti<sup>445</sup>.

Ritornando alle disposizioni di carattere sostanziale delle decisioni in generale, esse riguardano principalmente: l'istituzione della missione; la definizione del mandato, delle modalità di finanziamento, della direzione e del controllo strategico; la

---

<sup>443</sup> Art. 29 TUE: "Il Consiglio adotta decisioni che definiscono la posizione dell'Unione su una questione particolare di natura geografica o tematica. Gli Stati membri provvedono affinché le loro politiche nazionali siano conformi alle posizioni dell'Unione".

<sup>444</sup> Art. 215 TFUE: "1. Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea prevede l'interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più paesi terzi, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta congiunta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione, adotta le misure necessarie. Esso ne informa il Parlamento europeo. 2. Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea lo prevede, il Consiglio può adottare, secondo la procedura di cui al paragrafo 1, misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali. 3. Gli atti di cui al presente articolo contengono le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche.

<sup>445</sup> Sul tema si veda I. CAMERON (ed.), *EU Sanctions: Law and Policy Issues Concerning Restrictive Measures*, Cambridge, 2013.

designazione del comandante o del capo missione e del quartier generale e l'indicazione della durata. Inoltre, le decisioni solitamente fanno cenno a una serie di elementi che non vengono poi disciplinati in dettaglio direttamente dalla decisione stessa, come, ad esempio, il funzionamento della catena di comando e controllo dell'operazione sul terreno, lo status e i privilegi che ciascuna di esse gode sul territorio dello Stato ospite, le specifiche modalità di finanziamento, la partecipazione di Stati terzi, la gestione da parte di questi ultimi delle informazioni coperte da segreto dell'UE.

Il cuore del processo di pianificazione e gestione delle missioni è costituito dai numerosi documenti di carattere tecnico che vengono adottati in relazione ad ogni operazione PSDC. È utile fare menzione, in questa sede, del Concetto di gestione della crisi, adottato dal Comitato politico e di sicurezza al sorgere di una crisi internazionale; successivamente, lo stesso CPS incarica gli enti competenti del compito di elaborare le cc.dd. opzioni strategiche che, nel caso di operazioni militari, sono sviluppate dal Comitato militare dell'UE, mentre nel caso di missioni civili il compito è assolto dal Comitato per la gestione civile delle crisi. In seguito, la pianificazione prosegue con l'elaborazione del Concetto operativo (CONOPS) e del Piano di esecuzione dell'operazione (OPLAN). La definizione di entrambi gli atti è affidata al Comandante dell'operazione per le missioni militari, e al Capomissione per le missioni civili, entrambi coadiuvati dai rispettivi quartieri generali. Infine, tali documenti vengono inviati al Comitato politico e di sicurezza, che li integra e li rielabora prima di trasmetterli al Consiglio, che li deve adottare all'unanimità<sup>446</sup>.

L'OPLAN merita una menzione particolare, in quanto tratta degli elementi specifici e peculiari di ogni singola operazione<sup>447</sup>. In primo luogo, esso analizza il contesto generale in cui la missione è chiamata ad operare ed il grado di rischio a cui è esposta,

---

<sup>446</sup> Per le operazioni militari, è il Comandante dell'operazione – nominato *ad hoc* in relazione ad ogni missione – ad esercitare il comando operativo. Nel caso in cui un'operazione realizzata mediante i mezzi e le capacità della NATO, il comando generale viene stabilito presso il *Supreme Headquarters Allied Powers Europe (SHAPE)* e il Comandante è il *Deputy Supreme Allied Commander in Europe (DSACEUR)*. Qualora, come nel caso dell'operazione EUNAVFOR MED, il quartier generale venga messo a disposizione da uno Stato membro, è tale Stato a svolgere la funzione di *nazione-quadro* e a mettere a disposizione il Comandante dell'operazione.

<sup>447</sup> Gli OPLAN militari, a testimonianza del ruolo rilevante che ricoprono, rientrano tra i documenti classificati dell'Unione, a differenza degli OPLAN per le missioni civili, che sono declassificati almeno parzialmente. Un esempio di OPLAN parzialmente declassificato è l'*Operation Plan for the EU Police Mission in Kinshasa (DRC)*, *Eupol Kinshasa*, Brussels, 21 aprile 2010, doc. 5364/3/05 REV 3.

in modo da poter elaborare un efficace piano di sicurezza. Tra gli aspetti regolati dal Piano, poi, rientrano: l'elenco delle attività operative in cui in concreto si articola il mandato della missione; la definizione della struttura organizzativa complessiva; le modalità con cui devono essere gestiti lo scambio di informazioni e le attività di *reporting*; l'indicazione delle linee attraverso cui si declina sul campo la catena di comando e di controllo; chiarimenti circa le regole in merito all'uso delle armi; il codice di condotta che il personale impiegato è tenuto a rispettare; la regolamentazione dei diversi profili organizzativi, come la gestione delle relazioni con gli attori locali, la logistica, l'assistenza medica e altri<sup>448</sup>.

Altrettanto rilevanti, tra i documenti di carattere tecnico, sono le regole di ingaggio<sup>449</sup>, ossia le direttive politico-militari che disciplinano la possibilità di ricorrere alla forza e vengono adottate anch'esse all'unanimità dal Consiglio. Gli Stati partecipanti alle missioni possono apporre delle riserve alle regole di ingaggio elaborate dall'Unione, applicando regole più restrittive, e limitando le possibilità di ricorso alla forza da parte dei propri contingenti militari.

È bene ricordare, inoltre, al di là di quanto detto sopra, il ruolo centrale rivestito dal Comitato politico e di sicurezza, il quale adotta numerose decisioni sulla base dell'art. 38 TUE<sup>450</sup>. Le decisioni del CPS riguardano, principalmente, la nomina del Comandante dell'operazione e del Comandante della forza, per le operazioni militari, e del Capomissione in relazione alle operazioni civili; mentre il potere decisionale circa gli obiettivi delle missioni e la conclusione delle stesse spetta esclusivamente al Consiglio. Inoltre, il CPS può prendere decisioni volte ad emendare l'OPLAN, le RoE e i documenti che definiscono la catena di comando.

Soffermandoci ancora sulle missioni militari, occorre ricordare che l'Unione non è dotata di un proprio esercito; di conseguenza, sono necessariamente gli Stati membri

---

<sup>448</sup> Per l'analisi complessiva del processo decisionale relativo alle missioni si veda F. DI CAMILLO (a cura di), *Politica europea di sicurezza e di difesa: elementi*, IAI, Documenti, luglio 2009, p. 36 ss.

<sup>449</sup> Anche le RoE sono classificate, ma è parzialmente declassificato il documento contenente le linee guida fornite dal Consiglio: Consiglio dell'Unione, *Concept for the Use of Force in EU-led Military Operations*, Brussels, 4 dicembre 2009, doc. 17168/09 EXT 1. Sulle RoE si veda anche, in generale, International Institute of Humanitarian Law, *Rules of Engagement. Handbook*, Salerno, 2009.

<sup>450</sup> Art. 38, secondo capoverso TUE: "Nel quadro del presente capo, il comitato politico e di sicurezza esercita, sotto la responsabilità del Consiglio e dell'alto rappresentante, il controllo politico e la direzione strategica delle operazioni di gestione delle crisi previste all'articolo 43". Sulle decisioni adottate dal CPS in relazione alle missioni si veda F. NAERT, *Legal Aspects of EU Military Operations*, in *Journal of International Peacekeeping*, Vol. 15, Issue 1-2, 2011, p. 227 e ss.

a dover mettere a disposizione dell'Unione capacità militari per l'attuazione della politica estera e di difesa comune (art. 42, par. 3 TUE), mediante il dispiegamento di contingenti militari nazionali, su indicazioni fornite dallo Stato Maggiore dell'UE al Comitato militare dell'UE (c.d. processo di generazione della forza)<sup>451</sup>. Dunque, dal punto di vista strettamente giuridico, i contingenti militari distaccati presso l'Unione operanti nell'ambito delle missioni PSDC non sono quindi organi dell'UE, bensì organi degli Stati messi temporaneamente a disposizione dell'organizzazione internazionale<sup>452</sup>. In pratica, di fatto, si può affermare che, da un lato, gli Stati mantengano il c.d. *full command and control* e, dall'altro, che essi operino nei confronti dell'Ue un trasferimento di autorità, delegando all'Ue il c.d. *operational command and control*.

La predisposizione di tali operazioni, inoltre, prevede una doppia decisione iniziale del Consiglio: una prima, che istituisce la missione, a cui segue una seconda, finalizzata a lanciare l'operazione, ossia ad avviarla in concreto<sup>453</sup>.

Le missioni di *peacekeeping*, come noto, sono autorizzate a ricorrere alla forza in legittima difesa, da intendersi come legittima difesa del mandato e, in quanto tale,

---

<sup>451</sup> Sul punto si veda Consiglio dell'Unione, *EU Concept for Force Generation*, Brussels, 16 giugno 2008, doc. 10967/08.

<sup>452</sup> Per un approfondimento sul tema si rimanda a *Draft Articles on the Responsibility of International Organisations, with commentaries*. Adopted by the international law Commission at its sixty-third session in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session. Doc. n. A/66/10, art. 7, in *untreaty.un.org*. Il ruolo centrale che, di conseguenza, i singoli Stati mantengono nella gestione delle operazioni ha condotto parte della dottrina a ritenere che la politica di sicurezza e difesa si delineerebbe come una cooperazione intergovernativa che permetterebbe agli Stati di apparire sulla scena internazionale facendo convergere, di fatto, le proprie posizioni personali su determinate questioni, il che indebolirebbe notevolmente lo sviluppo di una politica estera effettivamente europea (cfr. A. L. VALVO, *L'Unione europea del trattato "costituzionale" al trattato di Lisbona. Le istituzioni, la politica estera e di difesa, i diritti umani*, Roma, 2008, p. 199 e ss.). Altri, al contrario, vedono positivamente la convergenza di tali interessi nazionali che, venendo riconosciute all'esterno come parte di una politica europea, acquisterebbero un importante valore aggiunto sulla scena internazionale (cfr. S. GRADILONE, *Le missioni di gestione delle crisi*, in A. LANG, P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione europea*, Torino, 2014; C. NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005, p. 242).

<sup>453</sup> Il ricorso a questo doppio processo si rende necessario poiché la decisione istitutiva della missione viene in genere adottata prima che l'intero processo di pianificazione sia completato, in particolare prima che siano approvati il Piano operativo della missione (*Operational Plan*, OPLAN) e le Regole di ingaggio (*Rules of Engagement*, RoE). Sul punto, si rimanda a F. NAERT, *The Application of Human Rights and International Humanitarian Law in Drafting EU Missions' Mandates and Rules of Engagement*, Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law, Institute for International law, Working Paper N. 151, ottobre 2011, p. 5.



necessaria a garantire il raggiungimento degli obiettivi da esso disposti<sup>454</sup>. Nell'ambito delle operazioni militari dell'Unione, il ricorso alla forza armata è stato talvolta consentito come *extrema ratio* per il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza, come nel caso dell'operazione *EUFOR Althea* in Bosnia-Erzegovina<sup>455</sup>; per reprimere gli atti di pirateria, come nel caso dell'operazione *EUNAVFOR Somalia/Atalanta*; per proteggere il personale e le installazioni delle Nazioni Unite e di altre organizzazioni umanitarie; per proteggere la popolazione civile sotto la minaccia di attacco, sfollata o rifugiata, contribuire alla stabilizzazione delle generali condizioni di sicurezza, garantire la consegna degli aiuti umanitari ed assicurare la libertà di movimento e del personale internazionale, come nel caso dell'operazione *EUFOR Tchad/RCA* in Ciad e nella Repubblica centrafricana<sup>456</sup>.

Vi sono, poi, delle situazioni in cui una netta distinzione tra missioni militari, civili o miste risulta complessa, soprattutto qualora, come nel caso dell'operazione *EUNAVFOR MED*, gli obiettivi che l'Unione si pone sono molteplici e per loro stessa natura richiedono l'azione di organi non solo militari.

Per tale ragione, è bene delineare le caratteristiche, nella prassi, delle operazioni civili condotte dall'Unione, le cui aree prioritarie sono state identificate nel 2000 dal Consiglio europeo di Santa Maria de Feira<sup>457</sup>, soffermandoci sulle operazioni di polizia<sup>458</sup>. Le azioni di polizia, che rappresentano la maggior parte delle operazioni civili PSDC, consistono in attività di "consulenza, formazione e osservazione e attività di tipo esecutivo"<sup>459</sup>. Tra di esse, è utile ricordare la *European Union Police Mission (EUPM)* in Bosnia-Erzegovina tra il 2003 e il 2012<sup>460</sup>; *EUPOL-COPPS*, operativa nei

---

<sup>454</sup> Sul punto si veda S. GRADILONE, *op. cit.*, v. sopra nota 452, p. 185 e ss; M. FRULLI, *Le operazioni di peacekeeping delle Nazioni Unite: continuità di un modello normativo*, Napoli, 2012.

<sup>455</sup> Azione comune 2004/570/PESC del Consiglio del 12 luglio 2004 relativa all'operazione militare dell'Unione europea in Bosnia-Erzegovina, in *GUUE*, L 252, 28 luglio 2004, p. 10 e ss.

<sup>456</sup> Azione comune 2007/677/PESC del Consiglio del 15 ottobre 2007, relativa all'operazione militare dell'Unione europea nella Repubblica del Ciad e nella Repubblica centrafricana, in *GUUE*, L 279, 23 ottobre 2007, p. 21 ss.

<sup>457</sup> Consiglio europeo, *Conclusioni della Presidenza. Allegato I. Relazione della Presidenza sul rafforzamento della politica europea comune in materia di sicurezza e difesa*, Santa Maria de Feira, 19-20 giugno 2000, p. 17 ss.

<sup>458</sup> Le altre aree identificate dal Consiglio sono: rafforzamento dello stato di diritto, rafforzamento dell'amministrazione civile e protezione civile.

<sup>459</sup> Consiglio europeo, v. *supra* nota 63, p. 20.

<sup>460</sup> Azione comune 2002/210/PESC del Consiglio dell'11 marzo 2002 relativa alla missione di polizia dell'Unione europea, in *GUUE*, L 70, 13 marzo 2002, p. 1 e ss.

territori palestinesi dal 2006<sup>461</sup>; *EUPOL Afghanistan*, presente nel Paese dal 2007; *EUPOL PROXIMA*, che ha operato in Macedonia tra il 2004 e il 2005, per poi essere sostituita dallo *European Union Police Advisory Team (EUPAT)* durante i primi mesi del 2006<sup>462</sup>; *EUPOL Kinshasa*, dispiegata nella capitale congolese tra il 2005 e il 2007, e la successiva *EUPOL RD Congo*, operativa dal 2007<sup>463</sup>.

È bene notare, inoltre, che dal 2000 l'UE ha istituito, nella cornice delle proprie operazioni civili, anche una serie di operazioni di monitoraggio, tra cui azioni specifiche che si occupano di monitoraggio delle frontiere. Tale aspetto è interessante poiché, come viene in luce nel corso di tutto il presente lavoro, l'operazione EUNAVFOR MED rappresenta un *unicum* difficilmente inquadrabile sulla scia della prassi precedente e, come anticipato nel precedente paragrafo, nemmeno la terminologia utilizzata nel suo mandato istitutivo, e nemmeno nella risoluzione del Consiglio di Sicurezza, aiuta nell'identificazione dello scopo preciso con cui la missione è stata istituita. Un esempio di c.d. missioni di assistenza alle frontiere sono l'*EU Border Assistance Mission at Rafah crossing point (EUBAM Rafah)*, dispiegata dal 2005 nei territori palestinesi al fine di monitorare il rispetto dell'accordo concluso tra Israele e Autorità nazionale palestinese, volto a garantire il movimento e l'accesso attraverso il valico di Rafah<sup>464</sup>; l'*EUBAM Moldova/Ucraina*, investita, tra il 2005 e il 2011, del ruolo di supervisionare lo svolgimento delle operazioni doganali al confine tra i due Paesi, fornendo alle autorità locali anche consulenza tecnica e formazione, al

---

<sup>461</sup> Azione comune 2005/797/PESC del Consiglio del 14 novembre 2005 sulla missione di polizia dell'Unione europea per i territori palestinesi, in *GUUE*, L 300, 17 novembre 2005, p. 65 e ss.

<sup>462</sup> Rispettivamente, Azione comune 2003/681/PESC del Consiglio del 29 settembre 2003 relativa alla missione di polizia dell'Unione europea nell'ex Repubblica iugoslava di Macedonia (*EUPOL "Proxima"*), in *GUUE*, L 249, 1 ottobre 2003, p. 66 e ss.; e Azione comune 2005/826 PESC del Consiglio del 24 novembre 2005 relativa all'istituzione di un gruppo di consulenza dell'UE in materia di polizia (*EUPAT*) nell'ex Repubblica iugoslava di Macedonia (FYROM), in *GUUE*, L 307, 25 novembre 2005, p. 61 e ss.

<sup>463</sup> Rispettivamente, Azione comune 2004/847/PESC del Consiglio del 9 dicembre 2004 concernente l'operazione di polizia dell'Unione europea a Kinshasa (RDC) relativa all'unità integrata di polizia (*EUPOL Kinshasa*), in *GUUE*, L 367, 14 dicembre 2004, p. 30 e ss.; Azione comune 2007/405/PESC del Consiglio del 12 giugno 2007 relativa alla missione di polizia dell'Unione europea nell'ambito della riforma del settore della sicurezza (SSR) e della sua interfaccia con la giustizia nella Repubblica democratica del Congo (RDC), in *GUUE*, L 51, 13 giugno 2007, p. 46 e ss.

<sup>464</sup> Azione comune 2005/889/PESC del Consiglio del 12 dicembre 2005 che istituisce una missione dell'Unione europea di assistenza alle frontiere per il valico di Rafah (*EUBAM Rafah*), in *GUUE*, L 327, 14 dicembre 2005, p. 28 e ss.

fine di rafforzare la loro capacità di prevenire e reprimere i crimini transfrontalieri<sup>465</sup>. È stata concettualmente assimilata alle operazioni di monitoraggio alle frontiere, poi, anche *EUAVSEC South Sudan*, istituita nel 2012 allo scopo di fornire assistenza e consulenza al governo del Sud Sudan per contribuire al funzionamento sostenibile ed efficace dell'aeroporto internazionale di Giuba, poiché a seguito dell'indipendenza del Sud Sudan l'aeroporto di Giuba ha cessato di essere uno snodo locale di secondaria importanza, divenendo la principale via di collegamento internazionale di uno Stato privo di accesso al mare e dotato di strutture stradali insufficienti<sup>466</sup>.

Nell'ambito dell'operazione Atalanta, una controversia è sorta tra il Parlamento europeo e il Consiglio in relazione alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e le Mauritius sulle condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei relativi beni sequestrati da parte della forza navale diretta dall'Unione alla Repubblica di Mauritius e sulle condizioni delle persone sospettate di atti di pirateria dopo il trasferimento (Dec. 2011/640/PESC)<sup>467</sup>. Il Parlamento ha impugnato la decisione di conclusione dell'accordo, sostenendo che non si trattava di un accordo "prevalentemente" o "esclusivamente" relativo alla PESC, in quanto riguardante anche la cooperazione giudiziaria penale, motivo per cui la stesura dell'accordo avrebbe dovuto seguire una procedura differente<sup>468</sup>.

Alla luce di quanto detto, emerge che, sebbene l'Unione abbia istituito un'unica missione di carattere formalmente misto<sup>469</sup>, di fatto la prassi rivela che, al di là della

---

<sup>465</sup> L'operazione, di fatto, è stata istituita tramite una clausola nell'Azione comune attraverso cui il Consiglio procedeva alla modifica del mandato del rappresentante speciale dell'Unione europea già attivo nella regione: Azione comune 2005/776/PESC del Consiglio del 7 novembre 2005 che modifica il mandato del rappresentante speciale dell'Unione europea per la Moldova, in *GUUE*, L 292, 8 novembre 2005, p. 13 e ss., art. 1, lett. a). la disciplina dei dettagli operativi della missione è stata poi affidata a un *Memorandum of Understanding* concluso con i Paesi interessati: *Memorandum of Understanding between the European Commission, the Government of the Republic of Moldova and the Government of Ukraine on the European Union Border Assistance Mission to the Republic of Moldova and to Ukraine*, 7 ottobre 2005.

<sup>466</sup> Cfr. S. GRADILONE, *op. cit.*, v. sopra nota 452, p. 198 e ss.

<sup>467</sup> In realtà non si tratta del primo caso di stesura di accordi simili, dal momento che altri erano già stati negoziati con il Kenya e le Seychelles.

<sup>468</sup> Causa C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, *GUUE*, C 58, 25 febbraio 2012, p. 6. Sul punto si veda M. E. BARTOLONI, *Sulla partecipazione del Parlamento europeo alla formazione di accordi in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 796 e ss. Sugli accordi di cooperazione giudiziaria in materia penale tra Unione europea e paesi terzi si rimanda ai paragrafi successivi del presente capitolo.

<sup>469</sup> Si tratta della missione UE di sostegno, *AMIS II*, all'Unione Africana (Azione comune 2005/577 PESC del Consiglio del 18 luglio 2005 concernente l'azione di sostegno civile-militare dell'Unione europea alla missione dell'Unione africana nella regione sudanese del Darfur, in *GUUE*, L 188, 20

loro qualificazione formale come missioni civili, vi sono altre missioni di carattere misto, come, ad esempio, la missione *EUSEC RD Congo*<sup>470</sup>, nel 2005, e la *EU SSR Guinea Bissau*<sup>471</sup>, tra il 2008 e il 2010.

Peraltro, nel corso degli ultimi anni, si è registrato un incremento delle azioni di carattere misto nell'ambito della PSDC, come dimostrato dal simultaneo lancio, nel 2012, di *EUCAP Nestor*<sup>472</sup> e *EUCAP Sahel Niger*<sup>473</sup>, entrambe preposte allo svolgimento di funzioni di consulenza e assistenza nel settore della sicurezza, e prive di poteri esecutivi.

### 3.3 La Risoluzione 2240(2015) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite

La spinta dell'Unione europea verso un'azione urgente e condivisa volta a contrastare il traffico di migranti è stata accolta, a livello internazionale, dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che, con Risoluzione 2240(2015)<sup>474</sup> – sebbene la fase negoziale avesse incontrato alcune difficoltà a causa delle resistenze opposte dalla Libia e da alcuni paesi africani, ma soprattutto dalla Federazione Russa – ha autorizzato il

---

luglio 2005, p. 46 e ss.). Nell'ambito della missione, la componente civile svolgeva attività di polizia, mentre quella militare forniva ausilio tecnico di vario genere.

<sup>470</sup> Azione comune 2005/355/PESC del Consiglio del 2 maggio 2005 relativa alla missione di consulenza e di assistenza dell'Unione europea per la riforma del settore della sicurezza della Repubblica democratica del Congo (RDC), in *GUUE*, L 112, 3 maggio 2005, p. 20 e ss.

<sup>471</sup> Azione comune 2008/112/PESC del Consiglio del 12 febbraio 2008 relativa alla missione dell'Unione europea a sostegno della riforma del settore della sicurezza nella Repubblica di Guinea-Bissau (EU SSR GUINEA-BISSAU), in *GUUE*, L 40, 14 febbraio 2008, p. 11 ss.

<sup>472</sup> Dec. 2012/389/PESC del Consiglio del 16 luglio 2012 relativa alla missione dell'Unione europea per lo sviluppo delle capacità marittime regionali del Corno d'Africa (EUCAP NESTOR), in *GUUE*, L 187, 17 luglio 2012, p. 40 ss.

<sup>473</sup> Dec. 2012/392/PESC del Consiglio del 16 luglio 2012 relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Niger (EUCAP Sahel Niger), in *GUUE*, L 187, 17 luglio 2012, p. 48 e ss. L'operazione *EUCAP Sahel Niger* è finalizzata a sostenere lo sviluppo di capacità degli operatori della sicurezza nigerini di combattere il terrorismo e la criminalità organizzata. Il mandato dell'operazione, stabilita nel 2012 per sostenere le autorità del Niger nelle questioni legate alla sicurezza e alla minaccia terroristica è stato ora più specificamente orientato all'assistenza per un miglior controllo e lotta contro le migrazioni irregolari. Il Niger, infatti, è un paese di origine e di transito per i migranti provenienti dall'Africa centrale e Occidentale diretti in Libia e poi in Europa. La missione era stata decisa in un contesto diverso ma ora il Niger (uno dei tre Stati più poveri al mondo) sta affrontando minacce di vario tipo: dal terrorismo jihadista penetrato dal Mali, dall'Algeria e dalla Nigeria, al traffico di droga, armi e esseri umani, soprattutto nella regione dell'Agadez settentrionale. Per maggiori informazioni sul tema si rimanda a G. GAIANI, *Roccaforte Niger*, in *Analisi Difesa*, 9 luglio 2014, reperibile su [analisiidifesa.it](http://analisiidifesa.it).

<sup>474</sup> UN Security Council, *Security Council resolution 2240 (2015) [on migrant smuggling and human trafficking into, through and from the Libyan territory and off the coast of Libya]*, 14 October 2015, S/RES/2240 (2015).

passaggio alla seconda sotto-fase. Il nodo principale da sciogliere, in particolare, ha riguardato l'ambito di applicazione della risoluzione, che alcuni Stati, tra cui la Russia, volevano limitato all'alto mare, mentre gli Stati europei avrebbero voluto estendere alle acque territoriali libiche se non anche al territorio libico (incursioni mirate sulla costa).

Una prima bozza di risoluzione era stata elaborata dall'Italia e presentata dal Regno Unito, che agì in qualità di Stato promotore insieme a Francia, Spagna e Lituania<sup>475</sup>. Il testo proposto dall'Italia prendeva a modello la Risoluzione 1851(2008) sulla lotta alla pirateria al largo della Somalia, ponendosi sotto l'ombrello del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, che autorizza l'uso della forza di fronte a minacce alla pace, a violazioni della pace e ad atti di aggressione.

La bozza conteneva anche il riferimento a una "lettera" delle autorità libiche alle Nazioni Unite volta a chiedere un'operazione di assistenza che mettesse in sicurezza le acque territoriali dello Stato e il suo stesso territorio. È importante notare che il consenso libico rappresentava un aspetto di preminente importanza per Stati Uniti, Russia, Cina e Venezuela.

Si faceva, poi, riferimento alla messa in salvo delle persone che potessero trovarsi a bordo delle imbarcazioni, in accordo con le regole del diritto internazionale, dei diritti umani e delle norme internazionali sui rifugiati.

Il testo della Ris. 2240(2015) è stato adottato, dopo tre fasi di negoziati, con 14 voti a favore e la sola astensione del Venezuela. Sebbene il risultato finale risulti sostanzialmente invariato rispetto alla bozza iniziale presentata dal Regno Unito, alcuni aspetti hanno sollevato più dubbi di altri, ossia le modalità di richiesta del consenso dello Stato di bandiera e l'inquadramento del riferimento al ricorso all'uso della forza ex. cap. VII all'interno del testo. Partendo dalla seconda questione, essa è legata ed è la causa principale dell'astensione del Venezuela che, a parere di chi scrive, riassume in maniera esemplare un'importante contraddizione concettuale riscontrabile nel testo, e che si ricollega, peraltro, alle osservazioni emerse nel paragrafo precedente in merito ai fini dichiarati e quelli, invece, messi in atto attraverso la decisione del Consiglio UE<sup>476</sup>.

---

<sup>475</sup> Sebbene elaborata dall'Italia, la risoluzione fu presentata dal Regno Unito in quanto nel 2015 l'Italia non era rappresentata nel Consiglio di Sicurezza.

<sup>476</sup> Cfr. BLOCKMANS S., CARRERA S., GROS D., GUILD E., *The EU's Response to the Refugee Crisis. Taking Stock and Setting Policy Priorities*, in *Ceps Essay* n. 20, 16 December 2015, p. 17.

Il delegato venezuelano, Rafael Darío Ramírez Carreño, ha infatti posto l'accento sul fatto che i migranti stessero cercando disperatamente di raggiungere un luogo sicuro e, pur condannando le reti criminali che traevano vantaggio da questa situazione, ha dichiarato che la crisi umanitaria che stava provocando lo spostamento di flussi massicci di profughi non potesse essere affrontata con un approccio esclusivamente militare. L'applicazione del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite a una crisi umanitaria sarebbe stata, dal punto di vista dello Stato venezuelano, un *grave errore* che avrebbe creato un pericoloso precedente. La complessità del problema, infatti, avrebbe richiesto un approccio comprensivo che andasse al di là dell'approccio puramente militare e securitario che alcuni Stati stavano promuovendo. Il testo della risoluzione, continuava Carreño, sarebbe infatti stato finalizzato a impedire ai migranti il raggiungimento di un luogo sicuro, attraverso l'imposizione di una "politica della frontiera"<sup>477</sup>.

La problematica sollevata dal Venezuela in sede ONU si riallaccia e aggiunge un ulteriore tassello alla questione, che verrà trattata nel capitolo quarto, del binomio tra difesa della sicurezza interna degli Stati e tutela delle persone coinvolte nel traffico di migranti. Appare chiaro, infatti, che la gestione dei flussi di immigrazione illegale sia un fenomeno che sempre meno attiene alla sfera prettamente statale e che impone una riflessione circa l'ambivalenza tra la percezione dei massicci flussi migratori quale minaccia alla pace e sicurezza internazionale e la necessità di gestire le crisi umanitarie dalle quali tali ondate di profughi sono generate. La sovrapposizione dei due tipi di fattispecie, infatti, rischia di creare una confusione di scopi e l'impiego di mezzi poco efficaci e inadeguati alla tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte.

In effetti, la risoluzione è peculiare per il doppio scopo che sembra voler raggiungere. Da una parte, infatti, essa si inserisce nel contesto della recente azione, svolta dal Consiglio di Sicurezza, di contrasto al crimine organizzato transnazionale<sup>478</sup>, dall'altro

---

Sull'evoluzione dei negoziati si veda *Vote on Renewing the Provisions of Resolution 2240 on Human Trafficking and Migrant Smuggling in the Mediterranean* in *What's in Blue. Insights on the work of the UN Security Council*, 5 ottobre 2015, reperibile su [whatsinblue.org](http://whatsinblue.org).

<sup>477</sup> UNSC, 7531st meeting, 9 October 2015, New York, "Maintenance of international peace and security", doc. S/PV.7531.

<sup>478</sup> Il Consiglio di Sicurezza, nel corso degli ultimi anni, ha rivolto sempre più di frequente, almeno parzialmente all'interno delle sue risoluzioni, la propria attenzione al contrasto al crimine organizzato transnazionale. Su 1113 risoluzioni adottate tra il 2000 e il 2017, infatti, 387 di esse (pari al 34,8%) hanno fatto riferimento al crimine organizzato in aree di conflitto o di crisi. Di queste, il 62,8% riguarda un Paese africano, con un sensibile aumento nel 2015. Le statistiche aggiornate sono state prodotte da

sembra voler perseguire l'obiettivo di salvaguardare la vita dei migranti trafficati, concependo il flusso massiccio di profughi quale crisi umanitaria da arginare. Il testo della risoluzione prosegue infatti con una dichiarazione da parte del Consiglio, che identifica le motivazioni delle sue decisioni *nell'inaccettabile* perpetrarsi di tragedie nel Mar Mediterraneo, che sono risultate in centinaia di morti, per la maggior parte causate dallo sfruttamento e dalla disinformazione ad opera di organizzazioni criminali transnazionali che favoriscono l'immigrazione illegale con metodi pericolosi e irrispettosi della vita umana, al fine di ottenere un guadagno personale<sup>479</sup>. Il Consiglio sottolinea, inoltre, che tutti i migranti, compresi i richiedenti asilo e indipendentemente dal proprio *status*, debbano essere trattati umanamente, con dignità e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali, e richiama gli Stati ai propri doveri di fronte al diritto internazionale, la tutela internazionale dei diritti umani e il diritto internazionale dei rifugiati.

Il fulcro della risoluzione è rappresentato dai parr. 5-7. Nel par. 5, il Consiglio ha autorizzato gli Stati membri, ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, “to inspect, as permitted under international law, on the high seas off the coast of Libya, any unflagged vessels that they have reasonable grounds to believe have been,

---

*The Global Initiative Against Transnational Organized Crime*, e sono reperibili su [www.globalinitiative.net](http://www.globalinitiative.net).

<sup>479</sup> Par. 6 e ss.: « *Deploring* the continuing maritime tragedies in the Mediterranean Sea that have resulted in hundreds of casualties, and *noting with concern* that such casualties were, in some cases, the result of exploitation and misinformation by transnational criminal organisations which facilitated the illegal smuggling of migrants via dangerous methods for personal gain and with callous disregard for human life,

“*Expressing* grave concern at the recent proliferation of, and endangerment of lives by, the smuggling of migrants in the Mediterranean Sea, in particular off the coast of Libya and *recognizing* that among these migrants may be persons who meet the definition of a refugee under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol thereto,

“*Emphasizing* in this respect that migrants, including asylum-seekers and regardless of their migration status, should be treated with humanity and dignity and that their rights should be fully respected, and *urging* all States in this regard to comply with their obligations under international law, including international human rights law and international refugee law, as applicable, *stressing also* the obligation of States, where applicable, to protect the human rights of migrants regardless of their migration status, including when implementing their specific migration and border security policies,

“*Reaffirming* in this respect the need to promote and protect effectively the human rights and fundamental freedoms of all migrants, regardless of their migration status, especially those of women and children, and to address international migration through international, regional or bilateral cooperation and dialogue and through a comprehensive and balanced approach,

*recognizing* the roles and responsibilities of countries of origin, transit and destination in promoting and protecting the human rights of all migrants, and avoiding approaches that might aggravate their vulnerability».

are being, or imminently will be used by organised criminal enterprises for migrant smuggling or human trafficking from Libya, including inflatable boats, rafts and dinghies”.

Il compito di ispezionare le navi prive di bandiera che il Consiglio demanda agli Stati di fatto, almeno dal punto di vista puramente operativo, non aggiunge nulla di nuovo al diritto di visita stabilito dall’art. 110 UNCLOS a quanto previsto all’art. 8, par. 7 del Protocollo di Palermo che, come visto, non solo autorizza gli Stati a visitare le navi prive di bandiera sospettate di traffico, ma anche “to take appropriate measures in accordance with relevant domestic and international law”. La novità si individua, piuttosto, nel fatto che, mentre i summenzionati testi convenzionali si limitano ad attribuire agli Stati parte la *facoltà* di ispezionare le navi prive di bandiera, la risoluzione ne *raccomanda* espressamente (*calls upon*) l’intervento. Quello che ci si potrebbe chiedere, inoltre, è se la risoluzione conferisca agli Stati ulteriori poteri una volta che la nave è stata visitata. Come si è ampiamente discusso al cap. 2, infatti, alcuni autori ritengono che una nave priva di bandiera, non essendo sottoposta a giurisdizione di alcuno Stato, sia di conseguenza soggetta alla giurisdizione di tutti gli Stati, il che comprenderebbe l’esercizio di poteri che vanno oltre il mero diritto di visita<sup>480</sup>; mentre altri negano l’esercizio della giurisdizione universale su navi prive di bandiera, limitando i poteri degli Stati intervenienti alla sola visita al fine di verificarne la bandiera<sup>481</sup>, salvo la facoltà di esercitare poteri coercitivi qualora vi sia un nesso appropriato tra l’atto illecito commesso dalla nave e il diritto interno dello Stato interveniente<sup>482</sup>. D’altra parte, come visto, neanche il Protocollo di Palermo, per quanto faccia intendere, all’art. 8, par. 7, attraverso l’espressione “take appropriate measures” che gli Stati parte di esso possono esercitare sulla nave priva di bandiera

---

<sup>480</sup> Si vedano, tra gli altri, I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, VII ed., Oxford, 2008, p. 235; A. DE GUTTRY, *Lo status della nave da guerra in tempo di pace*, Milano, 1994, p. 183 e ss.; R. CAFFIO, *Immigrazione clandestina via mare*, in *Rivista marittima*, supplemento, ottobre 2003, p. 53.

<sup>481</sup> Si vedano, tra gli altri, R. CHURCHILL, V. LOWE, *The Law of the Sea*, III ed., Manchester, 1999, p. 214; Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, Cambridge, 2012, p. 162; E. PAPASTAVRIDIS, *The Interception of Vessels on the High Seas*, Oxford/Portland, 2013, p. 265; D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge, 2009, pp. 16-17. Ritene, poi, D. P. O’ CONNELL (*The International Law of the Sea*, Vol. II, Oxford, 1984) che quando una nave non è registrata o ha perso la propria nazionalità “its status is then a question for the municipal law of the owners, and it is likely that this would then claim to regulate the ship, and, in that sense, to become a law of the ship’s nationality” (pp. 755-757).

<sup>482</sup> Le variabili della natura del nesso tra l’illecito commesso dalla nave e la legge dello Stato che esercita poteri coercitivi su di essa sono state approfondite al cap. 2 del presente lavoro.



sospettata di essere coinvolta nel traffico di migranti poteri che vanno oltre il diritto di visita, non chiarisce quali né in che misura. Stupisce, pertanto, che nemmeno la ris. 2240, che avrebbe potuto sciogliere un nodo interpretativo importante, almeno per quanto attiene alla missione in oggetto, si limiti a invitare gli Stati a ispezionare le navi prive di bandiera che potrebbero essere coinvolte in attività di traffico di migranti, senza definire in modo inequivocabile se e quali poteri coercitivi gli Stati possano esercitare, e in che misura.

Per quanto riguarda le navi regolarmente dotate di bandiera, la risoluzione invita gli Stati “to inspect, with the consent of the flag State, on the high seas off the coast of Libya, vessels that they *have reasonable grounds to believe* have been, are being, or imminently will be used by organised criminal enterprises for migrant smuggling or human trafficking from Libya” (par. 6, corsivo aggiunto). Considerato che, ai sensi dell’art. 8, par. 6, del Protocollo di Palermo, “each State Party shall designate an authority or, where necessary, authorities to receive and respond to requests for assistance, for confirmation of registry or of the right of a vessel to fly its flag and for authorization to take appropriate measures”, l’autorizzazione all’ispezione dovrebbe avvenire in modo più semplice per gli Stati parte del Protocollo.

Per facilitare lo svolgimento delle operazioni tra gli altri Stati, d’altra parte, la risoluzione autorizza gli Stati membri, anche agenti nell’ambito di organizzazioni regionali, “to inspect on the high seas off the coast of Libya vessels that *they have reasonable grounds to suspect are being used* for migrant smuggling or human trafficking from Libya, provided that such Member States and regional organisations *make good faith efforts* to obtain the consent of the vessel’s flag State prior to using the authority outlined in this paragraph” (par. 7, corsivo aggiunto). La facoltà per gli Stati di intervenire sulle navi recanti bandiera di un altro Stato, non più previa autorizzazione di detto Stato ma purché abbiano provato ad ottenere tale consenso in buona fede, trova la sua giustificazione nell’obiettivo umanitario insito in questo paragrafo, che riguarda nello specifico i casi in cui l’intervento sia messo in atto “with a view to saving the threatened lives of migrants or of victims of human trafficking on board such vessels”.

Un ulteriore tassello viene poi aggiunto al par. 8 autorizza gli Stati membri, per il periodo di un anno a partire dall’adozione della Risoluzione, “to seize vessels inspected under the authority of paragraph 7 that are *confirmed as being used* for migrant smuggling or human trafficking from Libya”. L’autorizzazione ad ispezionare

e sequestrare le navi di cui vi sia certezza che siano utilizzate per il traffico di migranti lascia intendere che tali azioni non necessitino di essere subordinate al consenso da parte dello Stato di nazionalità della nave, sebbene l'ottenimento di un'autorizzazione esplicita sia preferibile. Pertanto, in questo caso la risoluzione rappresenterebbe uno strumento di diritto internazionale in deroga ai principi di libertà di navigazione nell'alto mare e di esclusività della giurisdizione dello Stato di bandiera. Alla luce di questo, e ritornando alle considerazioni circa i poteri coercitivi esercitabili sulle navi prive di bandiera di cui al par. 6 della risoluzione, sarebbe un controsenso ritenere che il Consiglio attribuisca agli Stati membri la facoltà di esercitare poteri coercitivi nei confronti di navi recanti bandiera di uno Stato e non garantisca la medesima possibilità nei confronti di navi prive di nazionalità. Si ritiene, pertanto, che il par. 6 conferisca, seppure in maniera implicita, poteri coercitivi agli Stati anche nei confronti di navi prive di nazionalità, anche se rimane poco chiaro se il limite temporale sia il medesimo, ossia un anno dall'adozione della risoluzione, e il motivo per cui il Consiglio non abbia pensato di esplicitare le misure adottabili nei confronti di tali navi.

### *3.3.1 Operazioni navali e diritto internazionale: l'uso della forza e la prassi del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*

Una volta assodato che la risoluzione del Consiglio di Sicurezza deroga ad alcune norme di diritto internazionale, tra cui le norme di diritto del mare precedentemente elencate, è interessante fare un passo indietro e riflettere se tale deroga, sotto forma di autorizzazione all'esercizio di poteri coercitivi sulle navi private altrui ex. cap. VII della Carta ONU, sia da ritenersi pienamente legittima o meno. A tal fine, è utile riflettere sull'evoluzione della prassi del Consiglio di Sicurezza e dell'interpretazione che esso nel tempo ha dato del concetto di "minaccia alla pace", in quanto atto non compiuto ma *in fieri*, pertanto soggetto ad una valutazione eminentemente discrezionale da parte del Consiglio.

Come noto, ai sensi dell'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite, il Consiglio di Sicurezza può adottare misure coercitive una volta che sia accertata l'esistenza di una minaccia alla pace, di una violazione della pace o di un atto di aggressione<sup>483</sup>. Si evince

---

<sup>483</sup> Art. 39 UN Charter: "The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security".

dalla formulazione dell'art. 39 che il Consiglio di Sicurezza gode di un ampio potere discrezionale nel determinare se, in un caso concreto, si verifichi una minaccia o violazione della pace o un atto di aggressione. Si è molto discusso in dottrina sulla latitudine di tale potere discrezionale del Consiglio<sup>484</sup>. Da un lato, a favore di una discrezionalità illimitata, si è sostenuto che la Carta non definisce i tre concetti poiché l'accertamento del caso concreto presuppone valutazioni di carattere fattuale e politico, anziché giuridico, come dimostrerebbero il diritto di veto esercitabile dai cinque membri permanenti e l'assenza di obblighi del Consiglio; dall'altro, si è ribattuto che l'indeterminatezza dei tre termini non impedisce di definirli in via interpretativa; che proprio il fatto che l'art. 39 specifichi tre situazioni, anziché limitarsi ad attribuire al Consiglio un potere generico, denota una volontà di considerare la discrezionalità del Consiglio come limitata; che un potere discrezionale illimitato farebbe del Consiglio un'autorità capace di intervenire in qualsiasi situazione interna agli Stati; che altrimenti verrebbe meno la differenza, tracciata dalla Carta, fra i presupposti del capitolo VI e del capitolo VII; e, infine, che l'assenza di obblighi per il Consiglio di per sé non comporta necessariamente un potere discrezionale illimitato<sup>485</sup>.

Ritornando al significato dei tre concetti espressi all'art. 39, è bene innanzitutto chiedersi cosa si intenda nello specifico per minaccia o violazione della pace. Per *pace* tradizionalmente, e per quanto si evince dalla lettura della Carta delle Nazioni Unite, si intende l'assenza di conflitti internazionali, sebbene parte della dottrina tenda ad includere anche i conflitti di carattere inter-statali o interni. Negli ultimi tempi, inoltre, alcuni autori hanno tentato di allargare il concetto alla *human security*: un insieme di circostanze politiche, sociali ed economiche che impediscono l'insorgere di conflitti futuri<sup>486</sup>. Per *violazione della pace*, dunque, nel senso più tradizionale del termine, si intende che un conflitto internazionale sia in atto, senza aver raggiunto il livello più grave dell'"atto di aggressione"<sup>487</sup>.

---

<sup>484</sup> Cfr. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, XI ed., Milano, 2017, p. 231 e ss.

<sup>485</sup> *Ibidem*, p. 232; ZAMBELLI, *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité: le champ d'application des pouvoirs prévus au chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Genève/Bâle/Munich, 2002; DE WET, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, 2004, p. 133 e ss.

<sup>486</sup> Cfr. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, v. sopra nota 484, p. 232.

<sup>487</sup> Il Consiglio di Sicurezza ha accertato in rare occasioni una violazione della pace, e in tutti i casi si trattava di conflitti internazionali: in occasione della guerra di Corea (ris. n. 82 del 25 giugno 1950); del

Tralasciando le diatribe relative al concetto di *aggressione* che uscirebbero dal tracciato di questo studio<sup>488</sup>, si arriva ora all'ipotesi che sta alla base non solo della ris. 2240, ma anche della maggior parte delle risoluzioni adottate dal Consiglio ai sensi del Capitolo VII della Carta, e che maggiormente lascia spazio al suo potere discrezionale, ossia la *minaccia alla pace*. Si tratta, infatti, di un'ipotesi molto vaga ed elastica che non è necessariamente caratterizzata da operazioni militari o implicanti più in generale l'uso della violenza bellica, né da un illecito internazionale. Pertanto, le risoluzioni adottate dal Consiglio accertano una minaccia alla pace nelle più svariate situazioni, comprese le situazioni interne ad uno Stato<sup>489</sup>, il terrorismo internazionale<sup>490</sup> e, per quanto attiene nello specifico al presente lavoro, la pirateria e il traffico di migranti. Quello che accomuna risoluzioni su tematiche tanto differenti è la sempre più frequente natura umanitaria dell'intervento e i confini sempre più sfumati tra guerra internazionale e guerra interna.

Certamente una riflessione sui limiti, e se ve ne siano, al potere discrezionale del Consiglio si rende necessaria in relazione alle situazioni di minaccia alla pace non caratterizzate da operazioni militari, il che rileva in maniera particolare se si tiene conto che le misure coercitive ex cap. VII sfuggono all'eccezione di *domestic jurisdiction*. Dal momento che l'art. 39 non fissa alcun limite, come notano alcuni autori, in astratto *tutto* potrebbe costituire una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, ma non in ogni momento: è proprio per tale ragione che il Consiglio è investito del potere di stabilirlo caso per caso. Dunque, l'unico limite alle decisioni del Consiglio sarebbe da ricondurre alla reazione della generalità degli Stati della

---

conflitto delle Falklands/Malvinas (ris. 3.4.1982 n. 502); della guerra tra Iran e Iraq (ris. n. 598 del 20 luglio 1987); e della Guerra del Golfo (ris. n. 660 del 2 agosto 1990).

<sup>488</sup> Per approfondimenti sul concetto di aggressione e sulla sua dibattuta definizione si rimanda a B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, v. sopra nota 484, p. 235.

<sup>489</sup> Tra le minacce alla pace che hanno causato l'intervento del Consiglio di Sicurezza in situazioni interne di uno Stato si ricordano le politiche di segregazione razziale in Rhodesia del Sud, nel 1966, e in Sud Africa, nel 1977; l'oppressione violenta di una minoranza, come nel caso della repressione irachena dei curdi e degli sciiti nel 1991; la violazione grave e sistematica dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario in Bosnia-Erzegovina e in Croazia nel 1993, in Albania nel 1997 e in Kosovo nel 1999; il genocidio e l'uccisione di civili in Ruanda nel 1994; la proliferazione delle armi chimiche in Siria nel 2013; la diffusione del virus Ebola in Africa occidentale nel 2014; e altre ancora.

<sup>490</sup> Il Consiglio di Sicurezza ha considerato una minaccia alla pace anche il terrorismo internazionale, compreso da ultimo l'ISIS, e la proliferazione delle armi nucleari a favore di entità non statali – in particolare gruppi terroristici – a prescindere da specifici Stati o specifiche crisi. Da qui deriva la questione se il Consiglio di Sicurezza possa esercitare poteri “legislativi” mondiali. Sul tema si rimanda a B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, v. sopra nota 484, p. 251.

comunità internazionale a quanto il Consiglio propone “in loro nome” (art. 24 Carta ONU). Pertanto, in mancanza di contestazioni significative, si può ritenere che la valutazione del Consiglio sia legittimata dall’insieme degli Stati membri in nome dei quali il Consiglio esercita la sua responsabilità.

È bene notare, inoltre, che il potere discrezionale del Consiglio non si esplica solo nell’accertamento circa la sussistenza o meno di una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, ma anche nell’individuazione delle misure coercitive, di cui agli artt. 41, e 42 che, una volta accertata, esso deciderà di intraprendere<sup>491</sup>.

Alla luce di quanto detto finora, da un punto di vista strettamente giuridico, è possibile affermare che la ris. 2240 (2015) sia pienamente legittima ai sensi dell’art. 39 della Carta ONU, in quanto l’uso della forza è stato autorizzato in risposta a una crisi umanitaria, come da prassi consolidata del Consiglio.

### *3.3.2 Le operazioni navali militari autorizzate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*

Nonostante quanto apertamente dichiarato dal Consiglio nel Preambolo, se si va oltre e ci si basa sugli obiettivi che la risoluzione si pone, è chiaro che la missione in oggetto non può considerarsi solo una risposta a una crisi umanitaria.

La risoluzione che autorizza l’operazione EUNAVFOR MED, infatti, rappresenta per certi versi un caso peculiare nella prassi del Consiglio di Sicurezza, in quanto si pone al crocevia tra il contrasto al crimine organizzato transnazionale, nello specifico il traffico di migranti, e l’intervento in risposta ad una crisi umanitaria.

Se, come detto, le autorizzazioni di interventi in materia di risposta ad una crisi umanitaria sono frequenti nella prassi del Consiglio, per quanto riguarda il profilo di contrasto al crimine transnazionale organizzato occorre mettere a confronto la risoluzione 2240 con quella che ha dato il via all’operazione Atalanta in acque somale, partendo da alcune considerazioni più generali in merito alle operazioni militari navali autorizzate dal Consiglio.

Parte della dottrina<sup>492</sup> fa risalire l’epoca delle risoluzioni del Consiglio focalizzate sull’intervento in mare alla ris. 665(1990), con la quale il Consiglio chiamava gli Stati

---

<sup>491</sup> B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, v. sopra nota 484, p. 326 e ss.

<sup>492</sup> Si veda, sul punto, B. WILSON, *The Mediterranean Crisis: Key Considerations for the UN Security Council*, in *Harvard National Security Journal Online*, 7 ottobre 2015.

che cooperavano con il Kuwait “to use such measures commensurate to the specific circumstances (...) to halt all inward and outward maritime shipping (...) to inspect and verify their cargoes and destinations (...)”, ampliando così, per la prima volta, i poteri di interdizione degli Stati in risposta a una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale.

In generale, è possibile individuare quattro categorie di risoluzioni adottate dall’UNSC in ambito marittimo: quelle che autorizzano gli Stati coinvolti nelle missioni ad entrare nelle acque territoriali dello Stato costiero, come nel caso dell’operazione di contrasto alla pirateria in Somalia; quelle che consentono l’intervento, in acque internazionali, nei confronti di navi battenti bandiera di uno Stato terzo, senza che sia richiesto il consenso dello Stato di bandiera, come nel caso della ris. 1973(2011) sulla Libia; quelle che disciplinano le operazioni in alto mare ma che, al contrario delle precedenti, stabiliscono il consenso dello Stato di bandiera quale *conditio sine qua non* per il prosieguo dell’intervento; e le risoluzioni che si potrebbero definire “ibride”, in quanto disciplinanti operazioni in alto mare in cui, sebbene si preveda che venga richiesto il consenso dello Stato di bandiera, questo però non rappresenta una condizione necessaria affinché l’intervento sia portato a termine.

L’operazione EUNAVFOR MED, così come la ris. 2182(2014) sulla Somalia, rientra in quest’ultimo gruppo di risoluzioni, che basano la richiesta del consenso sulla formula del “good faith effort”, di cui si tratterà nei successivi paragrafi.

Ovviamente, tale raggruppamento generale delle risoluzioni non è esaustivo se si considera l’evoluzione che la prassi del Consiglio ha avuto nel corso degli anni.

Un ambito in cui il ricorso alle forze navali ha assunto recentemente un’importanza considerevole, ad esempio, riguarda l’esecuzione delle sanzioni decretate dal Consiglio di Sicurezza. Tali operazioni – che nel gergo delle marine militari hanno assunto il nome di *Maritime Interception/Interdiction Operations* (MIO)<sup>493</sup> – possono essere inquadrare nell’ambito delle eccezioni al divieto dell’uso della forza nelle relazioni internazionali e come deroghe al principio della libertà dell’alto mare. Nel caso dell’operazione EUNAVFOR MED viene in rilievo solo il secondo ambito, in

---

<sup>493</sup> Occorre precisare che, a differenza del blocco navale che è una misura di guerra la cui violazione comporta la confisca della nave e del carico, l’interdizione è una misura di polizia internazionale, mediante la quale ci si limita a impedire, respingendolo, il transito navale proveniente da una certa direzione o diretto verso determinati porti (cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, VI ed., Torino, 2017, p. 90 e ss.).

quanto la finalità che il Consiglio intende perseguire è il contrasto al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani, da attuarsi tramite operazioni di polizia che derogano al principio della libertà nell'alto mare, nonché a quello della giurisdizione esclusiva dello Stato sulla nave recante la propria bandiera.

La ris. 2240(2015), in effetti, rappresenta il primo caso di autorizzazione a misure coercitive in alto mare, non nei confronti di un Paese specifico, ma per contrastare un'attività criminale. Ripercorrendo la prassi del Consiglio, infatti, è chiaro che le misure di interdizione navale sono state adottate principalmente ai fini di accertamento del rispetto delle sanzioni nei confronti di alcuni Stati<sup>494</sup>.

Le recenti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza in materia di visita in alto mare di navi sospette di violare l'embargo non derogano ai tradizionali principi di diritto internazionale del mare. La ris. 1874(2009) relativa alla Corea del Nord invitava gli Stati a visitare le navi con cargo sospetto, dopo aver acquisito il consenso dello Stato della bandiera (par. 12). Qualora il consenso fosse stato negato, lo Stato avrebbe dovuto dirottare la nave in un porto appropriato allo scopo di ispezionarne il carico (par. 13). Anche la ris. 2087(2013) si limitava a stabilire un meccanismo procedurale per le navi della Corea del Nord che si fossero rifiutate di consentire l'ispezione. Il potere di ispezionare navi battenti bandiera straniera non è stato autorizzato nemmeno dalle successive risoluzioni (2944(2013); 2270(2016); 2345(2017)). La ris. 1929(2010), relativa all'embargo all'Iran di materiale nucleare e altro materiale bellico

---

<sup>494</sup> A tal proposito si ricordano, tra le altre: la ris. 217(1965) con la quale il Consiglio decretò un embargo petrolifero nei confronti della Rhodesia ed il Regno Unito stabilì una zona di sorveglianza marittima nel canale di Mozambico; in seguito il Consiglio, con ris. 221(1966) chiese al Regno Unito di impedire, se necessario mediante l'uso della forza, l'arrivo a Beira di petroliere il cui carico sarebbe potuto arrivare in Rhodesia; la ris. 665(1990) con la quale il Consiglio, a seguito di sanzioni adottate contro l'Iraq che aveva invaso il Kuwait nel 1990, chiedeva agli Stati che avevano flotte nel Mar Rosso, nello Stretto di Hormuz e nel Golfo di Oman di fermare e visitare le navi mercantili provenienti dal Kuwait occupato o da altre zone limitrofe allo scopo di ispezionare il carico e far rispettare l'embargo; la ris. 787(1992) con cui il Consiglio chiedeva agli Stati, agenti "singolarmente o nel quadro di organizzazioni o accordi regionali", di prendere le misure necessarie per fermare le navi provenienti da o dirette verso porti dell'ex-Jugoslavia. Si discostano da tali tipi di risoluzioni le più recenti disposizioni del Consiglio che obbligano gli Stati membri ad adottare misure per prevenire atti terroristici o dispongono embarghi sulle armi, senza però autorizzare espressamente azioni di interdizione navale. In tali casi è lecito domandarsi se sia lecito fermare e visitare le navi battenti bandiera altrui senza il consenso dello Stato della bandiera. Un esempio in tal senso sono le misure navali adottate nell'ambito dell'operazione *Enduring Freedom* contro l'Afghanistan, condotta nel Mar arabico dagli Stati Uniti e altri Stati, inclusa l'Italia. La ris. 1373(2001) obbliga gli Stati ad adottare misure per prevenire attacchi terroristici, ma non contiene alcuna disposizione circa l'interdizione navale in alto mare.

stabiliva che gli Stati potessero ispezionare in alto mare un cargo sospetto solo con il consenso dello Stato della bandiera, che era invitato a cooperare (par. 15).

Dalle risoluzioni appena elencate si discosta la ris. 1973(2011), adottata nei confronti della Libia, la quale autorizza l'ispezione in alto mare di navi sospette di violare l'embargo nei confronti della Libia, incluse quelle battenti bandiera straniera (par. 13). Alla luce di questo, il Consiglio di Sicurezza si è dimostrato più cauto nella stesura della ris. 2292(2016), che autorizzava EUNAVFOR MED ad ispezionare navi battenti bandiera straniera coinvolte nel traffico di armi solo dopo aver esperito *in buona fede* il tentativo di ottenere il consenso dello Stato della bandiera. L'autorizzazione è valida per un periodo di tempo limitato e solo per le acque internazionali al largo della Libia. Le regole di ingaggio della missione, peraltro, stabiliscono un limite temporale di quattro ore per consentire allo Stato della bandiera di esprimere il proprio consenso, al termine del quale le navi impiegate nella missione sono autorizzate ad intervenire<sup>495</sup>.

### 3.3.3 I limiti all'attuazione delle misure coercitive autorizzate dalla ris. 2240

Soffermandoci ora più nello specifico sulle disposizioni di cui ai parr. 5-8 della ris. 2240, appare chiaro che tutte le misure autorizzate dal Consiglio debbano sottostare a dei prerequisiti più o meno definiti in modo univoco. Partendo dal par. 8, il Consiglio introduce tre tipi di limitazioni: *ratione temporis*, in quanto l'autorizzazione è garantita agli Stati membri per un anno dal momento di adozione della risoluzione, sebbene, come si legge al par. 19, il Consiglio abbia dichiarato l'intenzione “to review the situation and consider, as appropriate, renewing the authority provided in this resolution for additional periods”; *ratione materiae*, in quanto, come stabilito al par. 11, le disposizioni di cui ai parr. 7 e 8 “apply only with respect to the situation of migrant smuggling and human trafficking”, e quanto stabilito al par. 10 – che autorizza gli Stati membri ad agire “nationally or through regional organisations to use all measures commensurate to the specific circumstances in confronting migrant smugglers or human traffickers in carrying out activities under paragraphs 7 and 8 and in full compliance with international human rights law” – deve rivolgersi “only in confronting migrant smugglers and human traffickers on the high seas off the coast of Libya”. Il limite *ratione materiae* di cui al par. 8, ossia il fatto che gli Stati hanno

---

<sup>495</sup> UNSC, S/RES/2292 (2016), 14 giugno 2016.



facoltà di sequestrare navi di cui vi sia certezza che siano state utilizzate per il traffico di migranti, è strettamente connesso, nonché conseguente, alle disposizioni di cui al par. 7, attraverso le quali (visita e ispezione delle navi sospettate di essere coinvolte nel traffico) si è giunti ad avere la certezza di un coinvolgimento delle navi che legittima le azioni di sequestro. Vi è poi un limite *ratione loci* in quanto le ispezioni e i sequestri delle imbarcazioni possono essere effettuati solo in “the high seas *off* the coasts of Libya” (corsivo aggiunto), nelle quali acque la risoluzione non autorizza alcun tipo di azione di contrasto più robusta (ex. distruzione delle navi dei trafficanti), a differenza di quanto auspicato dalla decisione del Consiglio dell’UE. Se, da un lato, è chiaro che la risoluzione neghi la possibilità per gli Stati di agire in acque libiche, dall’altro non vi è una delimitazione netta di tale zona, in particolare non è chiaro se con il termine “high seas” il Consiglio si riferisca anche alle aree sulle quali la Libia reclama i propri poteri di controllo economici. Bisogna infatti tenere presente che nel 1973 la Libia dichiarò che il Golfo di Sirte fosse parte delle sue acque interne: il Golfo fu annesso attraverso una linea di circa 300 miglia, lungo il 32°30’ parallelo di latitudine nord<sup>496</sup>. Tuttavia, tale rivendicazione fu respinta da un gran numero di Stati, inclusi i principali membri dell’Unione europea (Francia, Germania, Italia, Spagna e Regno Unito)<sup>497</sup>.

A seguito di questo episodio, nel febbraio 2005, la Libia stabilì inoltre, tramite una decisione del *Libyan General People’s Committee*<sup>498</sup>, una zona di protezione della pesca, nel rispetto della *General People’s Committee Decision No. 37* del 2005<sup>499</sup>. Anche in questo caso, la delimitazione stabilita dalla Libia incontrò le proteste di diversi Stati e della Presidenza dell’Unione europea: considerando infatti che la Libia aveva rivendicato il Golfo di Sirte quale parte delle sue acque interne, le 62 miglia di zona di pesca da essa reclamate sarebbero state contate a partire dalle 12 miglia dalla linea di chiusura del golfo<sup>500</sup>. Peraltro, nel 2009, la Libia dichiarò una ZEE “adjacent

---

<sup>496</sup> UN Legislative Series, National Legislations and Treaties relating to the Law of the Sea (ST/LEG/SER.B/18), 1976, p. 26. Sul punto si veda F. FRANCIONI, *The Gulf of Sirte Incident (United States v. Libya) and International Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1980-81, p. 85 e ss.

<sup>497</sup> Sul punto si veda A. ROACH, R. W. SMITH, *Excessive Maritime Claims*, 3rd ed., Leiden, 2012, pp. 46-48.

<sup>498</sup> Decision No. 105 of 2005, in *Law of the Sea Bulletin*, No. 58, 2005, p. 14 e ss.

<sup>499</sup> *Ibidem*.

<sup>500</sup> D. J. ATTARD, *Mediterranean Maritime Jurisdictional Claims: a Review*, in J. BASEDOW, U. MAGNUS, R. WOLFRUM (eds.), *The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2009&2010*, Berlino, 2012, p. 89 e ss.

to and extending as far beyond its territorial waters as permitted under international law”<sup>501</sup>, il cui limite esterno, ad oggi, non è ancora stato tracciato.

Alla luce di questo intricato quadro giuridico e delle rimostranze presentate dagli Stati europei rispetto alle rivendicazioni giurisdizionali della Libia, si potrebbe, in primo luogo, ritenere che nell’ambito dell’operazione EUNAVFOR MED l’annessione del Golfo di Sirte alle acque interne libiche non venga riconosciuta, e, di conseguenza, l’estensione delle sue acque territoriali sarebbe da intendersi non superiore alle 12 miglia dalla linea di costa. In secondo luogo, l’interpretazione dell’espressione “high seas off the coasts of Libya” porterebbe a ritenere con una certa sicurezza che il Consiglio includa, nel senso di consentire l’azione, anche l’area libica di conservazione della pesca<sup>502</sup>. Ora, da un punto di vista strettamente giuridico, come visto al cap. 2, l’art. 86 UNCLOS, a cui la risoluzione fa implicitamente riferimento quando invita gli Stati al rispetto delle norme di diritto internazionale, stabilisce che le disposizioni della Convenzione relative all’alto mare si applicano “to all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic waters of an archipelagic State”. L’UNCLOS attribuisce allo Stato costiero, nella sua ZEE, poteri sovrani e di giurisdizione solo per quanto attiene lo sfruttamento economico di tale zona, la protezione dell’ambiente marino e la ricerca scientifica, riaffermando al contempo la libertà di navigazione di tutti gli altri Stati in detta zona. Pertanto, considerando che l’autorità conferita ad EUNAVFOR MED dalla risoluzione 2240 riguarda il controllo della navigazione allo scopo di prevenire il traffico di migranti, tale autorità dovrebbe estendersi nella zona di mare che la Libia ha reclamato come propria ZEE. D’altra parte, tale riflessione sembra confermata anche dalla dichiarazione del delegato della Libia al momento dei negoziati, il quale non ha mosso obiezioni in merito al dispiegamento delle forze europee al di là delle coste libiche, sebbene abbia richiesto “coordination and cooperation with the European Union and the countries concerned, particularly when it involves military operations in the exclusive economic zones of those countries”<sup>503</sup>.

Soffermandoci ancora sul par. 8 della risoluzione, è importante interrogarsi sulla seconda parte, in cui essa stabilisce che “*further action* with regard to such vessels

---

<sup>501</sup> *Law of the Sea Bulletin*, No. 72, 2010, p. 79.

<sup>502</sup> Sul punto si veda M. GESTRI, *op. cit.*, v. sopra nota 406, p. 37.

<sup>503</sup> UN Doc. S/PV.7531, *cit.* v. sopra nota 54, pp. 10-11.

inspected under the authority of paragraph 7, *including disposal*, will be taken in accordance with applicable international law with due consideration of the interests of any third parties who have acted in good faith” (corsivo aggiunto), per chiarire a quali ulteriori misure il Consiglio alluda. Considerando che nella prima parte del par. 8 il Consiglio già autorizza il sequestro delle imbarcazioni coinvolte nel traffico, è plausibile ritenere che con tale espressione esso faccia riferimento alla confisca di tali imbarcazioni da parte delle corti nazionali degli Stati membri, nonché alla distruzione delle stesse; tale ipotesi trova conferma nel riferimento alla Decisione 2015/778 che si ritrova nel preambolo della Risoluzione. Tuttavia, non è da escludere la possibilità per gli Stati membri di distruggere immediatamente in alto mare l’imbarcazione di cui vi sia certezza che sia stata utilizzata per il traffico di migranti qualora, in buona fede, il comandante della nave in servizio ritenga che l’imbarcazione incriminata non possa essere condotta in un porto a causa delle difficili condizioni di navigazione. A tal proposito, è bene notare che nel primo rapporto semestrale dell’operazione EUNAVFOR MED lo stesso comandante ha dichiarato che, nel periodo tra gennaio e dicembre 2015, erano state distrutte 67 imbarcazioni e che, in generale, le navi intercettate da EUNAVFOR MED venivano distrutte in mare ogni qualvolta non fosse possibile condurle al porto, evidenziando che abbandonarle in alto mare avrebbe rappresentato un pericolo per la navigazione<sup>504</sup>. Ad oggi, sono state neutralizzate 551 imbarcazioni di vario tipo: imbarcazioni in legno, in vetroresina e gommoni. Neutralizzare significa privare gli scafisti della disponibilità delle navi, in modo che non vengano reimpiegate. Le imbarcazioni vengono confiscate, salvo situazioni contingenti che lo impediscano, come, ad esempio, le condizioni del mare, oppure distrutte e affondate, in accordo con il codice della navigazione, secondo cui non è possibile lasciare in mare oggetti che costituiscano un pericolo o impediscano la regolare navigazione. Oltre alle imbarcazioni, la confisca si estende anche ai motori e ai telefonini, che possono essere una buona evidenza per i magistrati nella ricostruzione di quanto avvenuto<sup>505</sup>.

Ritornando ora al par. 7 della Risoluzione, vi sono dei prerequisiti ulteriori che gli Stati devono soddisfare nell’attuazione della Risoluzione: le navi da guerra coinvolte nell’operazione devono agire sulla base di “reasonable grounds to suspect” che le

---

<sup>504</sup> Doc. EEAS (2016) 126, *cit. supra*, nota 51, pp. 11 e 22.

<sup>505</sup> Intervista telefonica registrata con il Capitano della Marina Militare italiana, Antonello De Renzis Sonnino, rilasciata in data 13 agosto 2018.

imbarcazioni “are being used for migrant smuggling and human trafficking” e esse devono adottare “good faith efforts” per ottenere il consenso dello Stato di bandiera della nave sospettata di essere coinvolta nel traffico.

#### *3.3.4 La rilevanza del consenso dell'avente diritto nell'ambito dell'operazione SOPHIA*

Dal momento che la Risoluzione 2240, come visto, autorizza l'intervento militare degli Stati solamente in acque internazionali a ridosso delle acque territoriali libiche, il consenso dell'avente diritto, ossia la Libia, rileverebbe solo nell'ipotetico caso dell'attuazione della terza sotto-fase (della seconda fase) dell'Operazione EUNAVFOR MED. Come detto, tale consenso agisce come causa di esclusione dell'illecito in applicazione del principio *volenti non fit iniuria* che, perché sia pienamente soddisfatto e non strumentalizzato dagli Stati che lo adducono, tuttavia, deve essere subordinato ad alcune condizioni necessarie, che vale la pena ricordare di seguito. Innanzitutto, il consenso deve essere prestato dal governo effettivamente rappresentativo, il che risulta evidentemente complicato da verificare nel caso sia in corso una soluzione prolungata di guerra civile o qualora abbia avuto luogo un colpo di stato all'interno del paese in cui avviene l'intervento. La manifestazione di volontà del sovrano territoriale, poi, deve essere valida, ossia non affetta da c.d. vizi di volontà (consenso dato per errore, carpito con dolo o estorto con violenza), ed espressa in conformità alle disposizioni del diritto interno del sovrano territoriale di importanza fondamentale. Una volta soddisfatte le condizioni di consenso derivanti dall'ordinamento dello Stato prestante, è indispensabile che l'azione dello Stato interveniente non violi norme che l'obbligano a tenere un determinato comportamento non solo nei confronti dello Stato territoriale, ma anche nei confronti degli altri membri della comunità internazionale. Infine, il consenso non deve essere contrario ad una norma imperativa del diritto internazionale<sup>506</sup>.

Come anticipato, con la decisione 2015/778, il Consiglio dell'Unione auspicava un intervento della forza militare europea anche nelle acque territoriali libiche attraverso “any applicable UN Security Council Resolution or consent of the coastal State concerned”. Per quanto riguarda il consenso dello Stato interessato, durante la stesura

---

<sup>506</sup> Cfr. N. RONZITTI, *op. cit.*, v. sopra nota 493, p. 43 e ss.

della bozza di risoluzione il Governo libico allora riconosciuto, basato a Tobruk, si dimostrò riluttante nel concedere qualsivoglia autorizzazione in tal senso; e comunque, il Governo di Tobruk non controllava l'intero territorio libico, il che avrebbe reso complicata la condotta delle operazioni nelle aree controllate dalle fazioni avversarie, che esercitavano la propria autorità in particolare nella regione di Tripoli e dei suoi porti. D'altra parte, inoltre, il Governo di Tobruk aveva dichiarato apertamente che non avrebbe rilasciato il proprio consenso se l'Unione avesse deciso di negoziare con i movimenti avversari.

Considerato, dunque, che fosse quantomeno improbabile riuscire ad operare con un consenso effettivo da parte della Libia, da un punto di vista strettamente giuridico il Consiglio di Sicurezza, agendo sotto l'egida del Capitolo VII della Carta, avrebbe potuto comunque autorizzare azioni coercitive nel territorio o nelle acque territoriali libiche, anche senza il consenso del Governo. Tuttavia, come anticipato precedentemente in merito alla fase di negoziato, tale possibilità si è dimostrata immediatamente irrealizzabile a causa della presa di posizione di due membri permanenti del Consiglio, Cina e Russia, e degli Stati africani e asiatici, i quali riaffermavano la necessità di rispettare appieno la sovranità e l'integrità territoriale della Libia<sup>507</sup>.

La questione del consenso, poi, appare rilevante anche in relazione alle disposizioni di cui al par. 7 della risoluzione, le quali consentono agli Stati membri di ispezionare la nave sospettata di essere coinvolta nel traffico di migranti a patto che essi “make good faith efforts to obtain the consent of the vessel’s flag State”. Il prerequisito di agire “in buona fede” imposto agli Stati dalla risoluzione non rappresenta una novità nella pratica del Consiglio: per esempio, al par. 5 della ris. 2146(2014), sempre relativa alla crisi libica, gli Stati membri erano autorizzati ad ispezionare nell'alto mare le navi sospettate di trasportare illegalmente petrolio greggio dalla Libia, purché essi “before taking the measures authorised in Paragraph 5, first seek the consent of the vessel’s flag State”; in quel caso, l'autorizzazione ad eseguire le ispezioni, però, era riservata alle navi che erano state preventivamente identificate da un comitato del Consiglio di Sicurezza. Un secondo esempio è ritrovabile nella ris. 2182(2014) sulla Somalia, in relazione all'applicazione del divieto sulle esportazioni di carbone e dell'embargo

---

<sup>507</sup> UN Doc. S/PV.7531, in particolare le dichiarazioni di Ciad (p. 3), Malesia (p. 4), Cina (p. 6) e Giordania (p. 7).

sulle armi. Il paragrafo 15 di tale risoluzione, in particolare, autorizza gli Stati membri a ispezionare, nelle acque territoriali somale e nelle acque internazionali al di là delle coste della Somalia, le navi di cui vi sia il fondato sospetto che stiano violando il divieto di esportazione o l'embargo; il paragrafo seguente, poi, richiede agli Stati, prima di procedere con l'ispezione, "to make good faith efforts to first seek the consent of the vessel's flag State". In entrambe le summenzionate occasioni, così come nella ris. 2292(2016) di cui si è fatta menzione in precedenza, tale formula fu adottata per andare incontro alle preoccupazioni di alcuni Stati membri del Consiglio circa una possibile erosione della libertà di navigazione e del principio di giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera<sup>508</sup>.

Ritornando alla ris. 2240(2015), il testo del par. 7 implica chiaramente che, prima di effettuare l'ispezione, le navi da guerra devono richiedere il permesso dello Stato di bandiera della nave sospetta. D'altra parte, tale disposizione al contempo comporta che l'ispezione possa avvenire anche senza il consenso esplicito dello Stato di bandiera, purché lo Stato interveniente abbia fatto sforzi in buona fede per ottenerne il consenso. Detto questo, la portata della formula adottata dal Consiglio solleva dei problemi di interpretazione non indifferenti, che potrebbero essere chiariti dal Piano operativo (OPLAN) dell'operazione e dalle Regole di ingaggio<sup>509</sup>.

Sempre nell'ambito delle ipotesi, dato che risposte certe non sono ricavabili dai documenti pubblici sull'operazione, si potrebbe ritenere che l'ispezione, previ sforzi in buona fede, possa essere portata a termine in caso di mancata risposta da parte dello Stato richiesto. Se si accetta come valida questa possibilità, rimane comunque incerto all'interno della ris. 2240 il lasso di tempo entro cui tale risposta dovrebbe giungere allo Stato richiedente, e nemmeno in quale modalità, ossia se per iscritto e in maniera più o meno formale. L'unica indicazione a riguardo è ricavabile al par. 9 della risoluzione, in cui è stabilito che gli Stati che hanno ricevuto una richiesta ai sensi dei parr. 7 e 8, sono chiamati "to review and respond to them in a rapid and timely manner". Cercando di riassumere in maniera coerente quanto delineato finora, dunque, si potrebbe ritenere che lo Stato interveniente agisca in buona fede qualora trasmetta

---

<sup>508</sup> In merito alla ris. 2182(2014) si veda UN Doc. S/PV.7286, del 24 ottobre 2014 e, in particolare, le dichiarazioni di Cina e Argentina (p. 4 e 5).

<sup>509</sup> Purtroppo non è stato possibile reperire copia dei documenti in quanto, a seguito di richiesta al portavoce dell'Operazione, De Renzis Sonnino (intervista rilasciata il 13 agosto 2018), non divulgabili, al fine di "tutelare gli ufficiali coinvolti".

la richiesta allo Stato di bandiera della nave sospetta di essere coinvolta nel traffico di migranti e, prima di abbordare tale imbarcazione, attenda per un periodo di tempo che sia ragionevole in relazione alle concrete e particolari circostanze del caso.

Come visto al par. 3.2 del presente capitolo, il par. 8 della risoluzione sembra sottintendere che non sia necessario un consenso esplicito da parte dello Stato di bandiera per il sequestro delle navi di cui vi sia prova che siano state utilizzate per il traffico di migranti. Ci si potrebbe chiedere, tuttavia, se lo Stato dovrebbe invece tenere un comportamento differente in caso di rifiuto esplicito all'ispezione da parte dello Stato richiesto. Per rispondere a tale quesito, è utile fare riferimento ai criteri interpretativi delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delineati dalla Corte internazionale di Giustizia<sup>510</sup>, secondo le quali l'interpretazione della risoluzione deve ricondursi alle dichiarazioni degli Stati membri durante la fase negoziale. Ritornando, dunque, alle posizioni di Cile e Russia in particolare<sup>511</sup>, i quali hanno ribadito più volte la necessità di interpretare la risoluzione in maniera tale da non intaccare il principio della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera, si ritiene che la formula dei "good faith efforts" rappresenti un compromesso tra il modello, talvolta adottato dal Consiglio<sup>512</sup>, caratterizzato dall'autorizzazione a ispezionare le imbarcazioni senza il loro consenso, e la norma tradizionale secondo cui prima di ispezionare la nave lo Stato richiedente debba ottenere il consenso dallo Stato richiesto, confermato anche, come visto, dal Protocollo di Palermo. Si potrebbe ritenere, pertanto, che qualora il

---

<sup>510</sup> *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2010, p. 403 e ss., par. 94: "The interpretation of Security Council resolutions may require the Court to analyse statements by representatives of members of the Security Council made at the time of their adoption, other resolutions of the Security Council on the same issue, as well as the subsequent practice of relevant United Nations organs and of States affected by those given resolutions".

<sup>511</sup> UN Doc. S/PV.7531, *cit. supra*, nota 54, pp. 6-7. Il delegato del Cile ha ribadito che l'intervento dell'operazione dovesse essere limitato solo "in those cases in which there exist reasonable grounds to suspect trafficking in migrants or human trafficking and *always within the legal framework of the norms established by the United Nations Convention on the Law of the Sea*" (corsivo aggiunto). Ancora più stringente è la dichiarazione del delegato della Federazione Russa: "We expect those who will be putting this resolution into practice to strictly comply with the relevant norms of international law, *including the United Nations Convention on the Law of the Sea* and, as a priority, ensuring the security of migrants. *Any expansive interpretation of the resolution is unacceptable. The resolution is eminently straightforward and provides for a number of absolutely clear requirements*" (corsivo aggiunto).

<sup>512</sup> Si vedano, tra le altre: Resolution 665(1990) of 25 August 1990 on Iraq-Kuwait, par. 1; Resolution 787(1992) of 16 November 1992 on Serbia and Montenegro; Resolution 1973(2011) of 17 March 2011 on Libya, par. 13.

consenso venga espressamente negato dallo Stato di bandiera, lo Stato interveniente dovrebbe desistere dal proseguire nelle operazioni di ispezione e sequestro.

#### 3.3.4.1 L'operazione Atalanta in acque somale

Il solo precedente alla missione navale autorizzata dalla ris. 2240 si ritrova nelle risoluzioni che hanno istituito l'operazione Atalanta di contrasto alla pirateria. Tuttavia, per quanto parzialmente simile, l'operazione EUNAVFOR MED rappresenta un caso ancora differente, a partire dal fatto che, allo stato attuale, il Consiglio di Sicurezza ha autorizzato azioni coercitive in acque internazionali, mentre l'operazione Atalanta può operare anche nelle acque territoriali somale.

La repressione della pirateria e degli atti di rapina in mare al largo delle coste somale è stata oggetto di numerose risoluzioni del Consiglio di Sicurezza<sup>513</sup>. La ris. 1816(2008), in particolare, stabiliva che, per un periodo di sei mesi, gli Stati che cooperavano con il governo federale transitorio della Somalia, potessero entrare nel mare territoriale somalo ed esercitare, nel rispetto del diritto internazionale e specificamente del diritto di passaggio inoffensivo, “ogni atto necessario per reprimere gli atti di pirateria e di rapina nel mare” (par. 7).

Tale Risoluzione, inoltre, consentiva interventi di contrasto alla pirateria al largo delle coste della Somalia, ma autorizzava anche operazioni terrestri (*land-based operations*), concedendo agli Stati o le organizzazioni regionali notificate dal governo federale di transizione della Somalia a prendere “all necessary measures appropriate in Somalia” per impedire a chiunque di usare il territorio somalo per pianificare, facilitare, intraprendere atti di pirateria. Inoltre, essa ha autorizzato gli Stati e le organizzazioni regionali a cooperare nel contrasto alla pirateria dispiegando navi e aerei militari, sequestrando e disponendo di navi e armi, facendo seguito alla lettera del governo federale di transizione della Somalia che chiedeva assistenza internazionale per contrastare la recrudescenza della pirateria.

La risoluzione, come esplicitamente dichiarato ai parr. 8 e 9, conteneva un'autorizzazione di intervento giustificata con l'incapacità della Somalia di provvedere autonomamente alla repressione della pirateria nelle sue acque territoriali,

---

<sup>513</sup> Riss. 1816(2008), 1838(2008), 1846(2008), 1851(2008), 1897(2009), 1950(2010), 2020(2011), 2125(2013), 2184(2014), 2246(2015), 2316(2016).



e che, pertanto, si fondava espressamente sul consenso del governo transitorio somalo, valeva esclusivamente nei limiti del consenso somalo e per il solo caso della Somalia, nel rispetto dei principi precedentemente descritti che stanno alla base del consenso dello Stato quale causa di esclusione dell'illecito internazionale. Pertanto, è da escludersi che tale decisione del Consiglio possa essere invocata nel senso di stabilire un precedente ai fini della formazione di diritto internazionale consuetudinario (par. 9).

In seguito, la ris. 1838(2008) si limitava ad invitare gli Stati ad esercitare i poteri previsti dalla risoluzione n. 1816 (par. 3) e a ribadirne i limiti (par. 8). La ris. 1846(2008), dopo aver accolto le iniziative di Stati ed organizzazioni regionali (tra cui la NATO e l'Unione europea) di dar seguito alla lotta alla pirateria in Somalia (par. 6), decideva che, per un ulteriore periodo di dodici mesi, gli Stati e le organizzazioni regionali che cooperavano con il governo federale transitorio nella lotta alla pirateria potessero esercitare i poteri già stabiliti dalla ris. 1816(2008) (par. 10), ribadendo i limiti dell'autorizzazione (par. 11). Tale autorizzazione, e l'esortazione a darvi seguito, fu reiterata con la ris. 1851(2008), in seguito alla richiesta da parte del governo federale transitorio somalo (par. 6), di nuovo ribadendone i limiti (par. 10). Tutte queste autorizzazioni hanno agito da *raccomandazioni* dirette ad esortare gli Stati e le organizzazioni regionali a combattere la pirateria al largo delle coste somale. Esse, infatti, sono espressamente valide solo entro i limiti del consenso del Governo Transitorio Federale somalo e delle norme di diritto del mare applicabili. Occorre comunque sottolineare, proprio come per l'operazione EUNAVFOR MED, che ad essere autorizzata, previo consenso del governo locale, è la forza di polizia interna più che la forza internazionale, sicché l'autorizzazione si avvicina a quelle relative alle presenze multinazionali impegnate in operazioni di *peace-keeping*<sup>514</sup>.

### 3.3.5 *L'arresto e i procedimenti penali nei confronti dei trafficanti: la situazione italiana*

La Decisione 778/2015 del Consiglio dell'Unione prevede che l'azione di EUNAVFOR MED si limiti all'identificazione, cattura e sequestro delle navi utilizzate

---

<sup>514</sup> Cfr. A. TANCREDI, *Di pirati e Stati "falliti": il Consiglio di Sicurezza autorizza il ricorso alla forza nelle acque territoriali della Somalia*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, p. 937.

dai trafficanti di migranti e di esseri umani e non conferisce espressamente, a differenza della Decisione che istituì l'Operazione Atalanta, il mandato agli Stati di garantire l'arresto e l'avvio di procedimenti legali nei confronti degli individui sospettati del crimine di tratta o di traffico. Una vaga menzione all'azione da intraprendere nei confronti dei trafficanti è reperibile solo al par. 7 del Preambolo della decisione, in cui si dichiara che gli Stati “possono (...) adottare le misure appropriate nei confronti delle imbarcazioni, delle persone e del carico”. Inoltre, al par. 9, il Consiglio osserva che “uno Stato può adottare misure appropriate nei confronti di persone presenti nel suo territorio che sospetta di traffico o tratta di esseri umani per l'eventuale arresto e azione penale, conformemente al diritto internazionale e al diritto interno”.

Per quanto riguarda la ris. 2240(2015) del Consiglio di Sicurezza, il preambolo fa riferimento a “the obligations of States under applicable international law to exercise due diligence to prevent and combat migrant smuggling and human trafficking” e “to investigate and punish perpetrators”. Inoltre, il par. 15 “calls upon all States with relevant jurisdiction under international law and national legislation, to investigate and prosecute persons responsible for acts of migrant smuggling and human trafficking at sea”.

Stante il quadro normativo delineato dalle Nazioni Unite e dall'Unione europea in tale materia, è bene sottolineare che, nella pratica, diverse persone sospettate di essere coinvolte nelle attività di traffico sono state arrestate dalle navi operanti nell'ambito dell'operazione *Sophia*. Nello specifico, esse sono state prese in carico dalle autorità italiane, come risulta dal primo rapporto semestrale del comandante dell'operazione, di cui si è discusso in precedenza<sup>515</sup>, e dalle dichiarazioni rilasciate dall'Alto commissario, Federica Mogherini, in data 4 marzo 2016: “[I]n the first part of the second phase of this mandate [...] EUNAVFOR MED Operation Sophia is authorised to conduct boarding, search, seizure and diversion on the high seas of vessels suspected of being used for human smuggling or trafficking. So far, 48 suspected smugglers/traffickers have been apprehended and are in Italian judicial system: they have either been sentenced, awaiting trial or under investigation”<sup>516</sup>.

---

<sup>515</sup> Council of the European Union, “EUNAVFOR MED Op SOPHIA – Six Monthly Report 22 June – 31 December 2015”, *cit. supra*, nota 59, p. 11.

<sup>516</sup> European Parliament, Parliamentary Questions, 4 March 2016, Answer given by HR Mogherini on behalf of the Commission, E-015553/2015.

Da un punto di vista strettamente giuridico, sorgono alcune criticità: la prima riguarda l'esistenza o meno nel sistema normativo italiano di una base adeguata perché si possa esercitare la giurisdizione penale su tali individui; la seconda, su cui ci si soffermerà dettagliatamente al capitolo quarto, riguarda la legittimità, sotto un profilo di tutela dei diritti umani, delle misure di arresto e detenzione dei sospetti trafficanti adottate dalle navi di EUNAVFOR MED nel corso dei loro interventi coercitivi in alto mare.

Soffermandoci dunque, per il momento, sul primo aspetto, è necessario ricordare che il sistema penale italiano si basa sul principio generale di territorialità della legge penale (articoli 3 e 6 del Codice penale) e che, pertanto, l'esercizio della giurisdizione penale nazionale su crimini commessi da stranieri fuori dal territorio italiano ha carattere eccezionale. Secondo quanto stabilito dall'art. 7 c.p., gli stranieri possono essere processati davanti a corti nazionali nel caso di una serie di crimini specifici, ritenuti lesivi degli interessi nazionali essenziali, tra i quali non rientra la materia in oggetto<sup>517</sup>. Per quanto riguarda fatti diversi da quelli disciplinati dall'art. 7 c.p., l'art. 10 c.p. stabilisce che uno straniero, che commette un reato al di fuori del territorio italiano, può essere processato in Italia solo qualora siano soddisfatte determinate condizioni: lo straniero si trova nel territorio dello Stato; si tratta di un delitto per il quale è prevista la pena di morte o dell'ergastolo ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni; la sua estradizione non è stata concessa, ovvero non è stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto, o da quello dello Stato a cui egli appartiene.

Ovviamente il problema non si pone qualora la nave sospetta sia di nazionalità italiana o la condotta criminosa sia commessa nelle acque territoriali italiane (art. 4 c.p.), mentre è diverso per quanto attiene alle navi prive di bandiera. Come visto al capitolo secondo, infatti, la giurisprudenza italiana è ancora poco chiara in merito e sembra escludere la teoria secondo cui una nave priva di nazionalità sia, in quanto tale, soggetta all'autorità di tutti gli Stati<sup>518</sup>.

---

<sup>517</sup> “Ai sensi della legge italiana, è punito il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: delitti contro la personalità dello Stato italiano; delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano; delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni; ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana”.

<sup>518</sup> Sul punto, si rimanda al capitolo secondo del presente lavoro.

Alla luce di questo, si potrebbe ritenere che vi sia una crescente tendenza delle corti italiane ad interpretare in maniera più ampia il principio di territorialità, in modo tale da arrivare a radicare la giurisdizione italiana nei confronti di stranieri arrestati in alto mare, in particolare attraverso una ricostruzione più ampia dell'art. 6 c.p. il quale, per determinare il *locus commissi delicti*, prevede che il reato sia da considerarsi commesso sul territorio dello Stato qualora l'azione o l'omissione sia almeno in parte ivi commessa, o gli effetti di tale reato abbiano ripercussioni sullo Stato<sup>519</sup>. In effetti, le corti italiane hanno riconosciuto la propria giurisdizione quando i trafficanti sono parte di un *network* criminale e almeno una parte della condotta criminosa sia riconducibile ad un'organizzazione operante sul territorio italiano. È il caso, come visto, delle c.d. navi madre che agiscono in connessione con imbarcazioni di dimensioni inferiori che partono dalle coste o dalle acque territoriali italiane<sup>520</sup>, o condotte verso le coste italiane<sup>521</sup>; o della complicità di persone che si trovano sul territorio italiano, il cui scambio di comunicazioni con gli *smugglers* sono state intercettate<sup>522</sup>. In tutti i casi appena menzionati, la giurisdizione italiana è stata estesa a tutti i partecipanti alla condotta criminosa, inclusi i trafficanti operanti in acque internazionali.

A giustificazione di tale estensione della giurisdizione italiana, poi, è stato anche utilizzato l'art. 7 c.p.: alcuni autori ritengono, infatti, che l'esercizio della giurisdizione su persone che si trovano su navi prive di bandiera sia giustificabile ai sensi dell'art. 7 c.p. se letto in relazione all'art. 8, par. 7 del Protocollo di Palermo<sup>523</sup>. Tale articolo, infatti, costituisce la norma contenuta in una convenzione internazionale che, ai sensi dell'art. 7 c.p., consentirebbe l'esercizio della giurisdizione italiana su fattispecie criminose commesse al di fuori del territorio dello Stato. D'altra parte, la Corte di Cassazione ha esteso la giurisdizione italiana in relazione al crimine di partecipazione ad una associazione per delinquere (art. 416 c.p.), sulla base dell'applicazione congiunta dell'art. 7 c.p. e dell'art. 15, par. 2, c dell'UNCTOC.

---

<sup>519</sup> Si veda M. GESTRI, *op. cit.*, v. sopra nota 406, p. 49 e ss.; M. MASTROJENI, *I limiti spaziali di applicazione della legge penale e i rapporti con giurisdizioni straniere*, in G. DE VERO (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, p. 101 e ss.

<sup>520</sup> Corte di Cassazione, Sez. I penale, 1 febbraio 2013, No. 16653.

<sup>521</sup> Si veda il caso *Cecil Pamuk*, già trattato al cap. 2 del presente lavoro.

<sup>522</sup> Corte di Cassazione, Sez. I penale, 23 giugno 2000, No. 4586; Corte di Cassazione, I Sez. penale, 20 agosto 2014, No. 36052.

<sup>523</sup> U. LEANZA, F. GRAZIANI, *Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto*, in *CI*, 2014, p. 163 e ss., p. 191.

Tali interpretazioni, tuttavia, continuano a sollevare critiche da parte di diversi autori, a parere dei quali esse non sarebbero compatibili con una tradizionale lettura dell'art. 7 c.p., alla luce del quale l'applicabilità della legge penale italiana non può derivare semplicemente da una convenzione internazionale che dà facoltà agli Stati di punire certi reati<sup>524</sup>.

Alla luce delle criticità sopra esposte, è da considerarsi estremamente positivo il contributo fornito dalla Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo (DNAA) e, in particolare, del Procuratore nazionale che, il 9 gennaio 2014, ha emesso un documento, indirizzato agli uffici dei Pubblici ministeri, in cui si delineano alcune proposte operative per la soluzione delle problematiche connesse all'esercizio della giurisdizione penale e alle misure da adottare nei confronti delle imbarcazioni coinvolte nel traffico di migranti<sup>525</sup>. Tali linee guida, tuttavia, non risolvono appieno tutte le problematiche inerenti al tema in oggetto, in quanto confermano l'esistenza di aree in cui la possibilità di esercitare la giurisdizione penale è altamente in dubbio.

Considerata, dunque, la difficoltà di affermare la sussistenza della giurisdizione italiana in relazione a reati interamente consumati in acque internazionali, a parere di alcuni autori, la giurisprudenza ha elaborato soluzioni ermeneutiche arzigogolate, tese a consentire l'esercizio dell'azione penale quantomeno nei confronti dei trafficanti intercettati in acque internazionali e condotti sulle coste italiane a seguito di un'operazione di salvataggio<sup>526</sup>. Come visto al capitolo secondo, infatti, l'orientamento sempre più consolidato della Cassazione è quello di riconoscere la competenza del giudice italiano in quanto parte della condotta criminosa sarebbe comunque posta in essere in territorio italiano, sebbene indirettamente, attraverso l'intermediazione non colpevole dei soccorritori<sup>527</sup>. Lo sbarco dei migranti sulle coste italiane, infatti, altro non sarebbe che l'ultimo segmento del disegno criminoso ordito

---

<sup>524</sup> Sul punto si veda M. GESTRI, *op. cit.*, v. sopra nota 404, p. 50; A. ANNONI, *L'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti di migranti: le responsabilità dell'Italia... e quelle degli altri*, in *SIDI Blog*, 6 maggio 2015.

<sup>525</sup> DNAA, *Proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e possibilità di d'intervento*, reperibile su [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con un'introduzione di F. Spiezia.

<sup>526</sup> Cfr. A. ANNONI, *Il ruolo delle operazioni Triton e Sophia nella repressione della tratta di esseri umani e del traffico di migranti nel Mediterraneo centrale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 217, p. 848 e ss.

<sup>527</sup> Cass. pen. N. 14510/2014 e, in senso conforme, Cass. pen. Sez. I, 22 dicembre 2015, n. 11165, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3847 e ss. Il punto è stato trattato al capitolo secondo.

dai trafficanti, i quali – abbandonando i migranti in alto mare a bordo di imbarcazioni fatiscenti – avrebbero artatamente creato le condizioni per il loro salvataggio e successivo ingresso in Italia.

Per ricondurre la responsabilità della condotta tenuta dai soccorritori nelle acque territoriali italiane ai trafficanti, i quali assumerebbero così lo status di “autore mediato”, la Cassazione fa leva sull’art. 54 c.p.: in particolare, secondo i giudici di legittimità, la condizione in cui versano i migranti alla deriva configura uno stato di necessità, tale da giustificare l’intervento dei soccorritori e il successivo accompagnamento dei naufraghi nei porti italiani. Nella misura in cui la condizione di pericolo per i migranti è generata dai trafficanti proprio per sollecitare l’intervento dei soccorritori, d’altra parte, tale stato di necessità può essere considerato “determinato dall’altrui minaccia”, così che, ai sensi dell’art. 54, terzo comma c.p., del fatto commesso dalla persona intervenuta per salvare altri da un danno grave vengono chiamati a rispondere coloro che l’hanno costretta a commetterlo.

Tuttavia, tale interpretazione fornita dalla Cassazione è considerata poco convincente da ampia parte della dottrina, secondo cui il c.d. “soccorso di necessità” presuppone l’assenza del dovere di intervento in capo al soccorritore<sup>528</sup>. Quando invece il soggetto compie un’attività materialmente illecita allo scopo di adempiere a un preciso obbligo giuridico, quale è quello di prestare soccorso alle persone che corrono il rischio di perdersi in mare, alcuni autori ritengono che sarebbe più corretto invocare la scriminante dell’adempimento di un dovere, prevista dall’art. 51 c.p. Il problema, in questo caso, sarebbe che le disposizioni dettate da tale articolo non si limitano a giustificare la condotta del soggetto agente ma ne escludono in radice l’antigiuridicità, precludendo così la possibilità di addossare ai trafficanti la responsabilità per condotte illecite perpetrate nella sfera di giurisdizione territoriale italiana, con la conseguente impossibilità di affermare la competenza dei giudici italiani ed esercitare l’azione penale nei loro confronti<sup>529</sup>.

---

<sup>528</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 512 e ss.

<sup>529</sup> Cfr. A. ANNONI, *op. cit.*, v. sopra nota 526, p. 848 e ss.

### 3.4 L'agenzia FRONTEX: mandato ed evoluzione

La strategia europea di gestione dell'immigrazione si è focalizzata, negli ultimi anni in particolare, sul tentativo di prevenire l'ingresso dei migranti all'interno dei confini dell'Unione europea. Tale atteggiamento, come evidenziato da alcuni autori<sup>530</sup>, ha prodotto un duplice cambiamento, temporale e spaziale, rispetto al tradizionale controllo dell'immigrazione; se da un lato, infatti, la sorveglianza delle frontiere avviene *prima* che l'individuo abbia raggiunto il confine fisico, dall'altra il controllo avviene sempre più in un'ottica extraterritoriale.

Di fatto, la base giuridica relativa alla gestione delle frontiere esterne dell'Unione europea è riconducibile agli artt. 67 e 77 del TFUE, relativi, tra le altre cose, allo sviluppo di “una politica comune in materia di controllo delle frontiere esterne” che includa “il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne”, nonché l'instaurazione progressiva di un “sistema integrato di gestione delle frontiere esterne”. Da tale base, ha preso il via un'evoluzione lenta e progressiva nell'ambito dell'Unione, culminata con l'istituzione dell'Agenzia FRONTEX, nata il 25 novembre 2004 come agenzia di sicurezza per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea<sup>531</sup>.

L'Agenzia, vero e proprio organismo comunitario dotato di personalità giuridica, ha il compito di coordinare la cooperazione operativa tra gli Stati membri in questo ambito; di assisterli nella formazione di guardie nazionali di confine, anche elaborando norme comuni in materia di formazione; preparare analisi dei rischi; seguire l'evoluzione delle ricerche in materia di controllo e sorveglianza delle frontiere esterne; aiutare gli Stati membri che devono affrontare circostanze tali da richiedere un'assistenza tecnica e operativa rafforzata alle frontiere esterne e fornire agli Stati membri il sostegno necessario per organizzare azioni di rimpatrio congiunte.

Il compito di gestione delle frontiere esterne avviene tramite l'organizzazione di

---

<sup>530</sup> V. MITSILEGAS, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Londra, 2015.

<sup>531</sup> Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in GUUE L-349 del 25.11.2004.

progetti pilota o di operazioni congiunte<sup>532</sup>, che maggiormente rilevano ai fini di questa analisi, e che possono avere inizio sulla base di un'analisi dei rischi condotta dall'agenzia; quando uno Stato membro propone un'azione congiunta; qualora uno Stato membro si trovi in una situazione di emergenza e richieda l'intervento dell'Agenzia.

Stanti le suddette disposizioni, due quesiti chiave sono stati sollevati in dottrina in merito alla delega dei poteri statali di controllo dell'immigrazione all'agenzia europea. Il primo è se FRONTEX acquisti poteri esecutivi nel territorio degli Stati membri; il secondo è se essa possa esercitare poteri di decisione vincolanti nei confronti degli Stati durante l'organizzazione delle operazioni. Per quanto riguarda il secondo punto, il regolamento istitutivo chiarisce che l'Agenzia può promuovere iniziative in autonomia o d'accordo con gli Stati Membri coinvolti<sup>533</sup>, escludendo dunque l'obbligo per gli Stati di partecipare a progetti contro la propria volontà. Tornando alla prima domanda, invece, l'art. 10 del regolamento stabilisce che "l'esercizio dei poteri esecutivi da parte del personale dell'Agenzia e degli esperti degli Stati membri che agiscono nel territorio di un altro Stato membro è soggetto alla legge nazionale dello Stato membro in questione", ma manca una definizione precisa di cosa si intenda con *potere esecutivo*.

Le considerazioni di cui sopra aprono la strada ad un aspetto ancora più problematico, che verrà affrontato in maniera più approfondita al capitolo quarto, ossia su chi ricadano gli obblighi di protezione, in relazione agli obblighi di tutela dei diritti fondamentali e del diritto d'asilo, alle persone interessate dai programmi di controllo dell'immigrazione, in particolare per quanto riguarda operazioni congiunte ed extraterritoriali.

Un'importante evoluzione dell'agenzia, fortemente voluta dall'Unione come espressamente dichiarato nell'Agenda europea sulle migrazioni, si è avuta tra il 2015 e il 2016, con l'adozione del Regolamento (Ue) 2016/1624, che ha sancito il passaggio da FRONTEX ad una Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (*European Border and Coast Guard Agency, ECGBA*)<sup>534</sup>. Tale riforma ha innovato notevolmente

---

<sup>532</sup> Art. 3 reg. CE 2007/2004: «L'agenzia valuta, approva e coordina le proposte degli Stati membri relative alle operazioni congiunte e ai progetti pilota».

<sup>533</sup> Articolo 3(1) del Regolamento.

<sup>534</sup> Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del



il sistema previgente, con il dichiarato intento di “garantire una gestione europea integrata delle frontiere esterne, allo scopo di gestire efficacemente l’attraversamento delle frontiere esterne” (art. 1 del regolamento).

La proposta di regolamento era stata presentata dalla Commissione europea nel dicembre 2015 come uno degli strumenti chiave per affrontare una crisi migratoria senza precedenti per l’Unione<sup>535</sup>. L’ECGBA non è, inoltre, un soggetto giuridico, poiché mantiene la personalità giuridica della FRONTEX originaria. Tuttavia, rispetto a quest’ultima, è stata dotata di nuovi strumenti e competenze, con la conseguenza che il suo ruolo nell’architettura istituzionale risulta sensibilmente ampliato<sup>536</sup>.

Come in precedenza, l’agenzia non si avvale di personale proprio, in quanto le guardie di frontiera di cui dispone sono funzionari degli Stati membri, in un numero complessivo che non deve essere inferiore a 1500 guardie di frontiera o altro personale competente (art. 20, par. 5)<sup>537</sup>. Inoltre, è previsto che per le missioni di intervento rapido gli Stati membri debbano fornire tale personale non più su base volontaria, ma obbligatoriamente, a meno che “si trovino a far fronte a una situazione eccezionale che incide in misura sostanziale sull’adempimento dei compiti nazionali” (art. 20, par. 3)<sup>538</sup>. In aggiunta a quanto detto, il regolamento ha introdotto un elemento di gerarchia nel sistema: l’agenzia, infatti, ha il compito di definire una strategia operativa e tecnica per la gestione europea integrata delle frontiere (art. 3, par. 3), nonché di promuovere e garantire l’attuazione di tale gestione integrata in tutti gli Stati membri (art. 3, par. 2). Le rispettive strategie nazionali, invece, devono allinearsi, o essere quantomeno compatibili, con la strategia europea.

La maggiore novità introdotta dal regolamento consiste nel ruolo di supervisione attribuito all’ECGBA. Essa, infatti, deve svolgere una valutazione delle vulnerabilità

---

Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, in GUUE del 16 settembre 2016, L 251/1.

<sup>535</sup> Proposta di regolamento COM (2015)671 relativo alla guardia costiera e di frontiera europea e che abroga il regolamento (CE) n. 2007/2004, il regolamento (CE) n. 863/2007 e la decisione n. 2005/267/CE del Consiglio, 15 dicembre 2015.

<sup>536</sup> Cfr. F. ZORZI GIUSTINIANI, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 2/2017, pp. 523-540.

<sup>537</sup> Come si vede dall’allegato 1 alla decisione (UE) 2016/1624, l’Italia ha l’obbligo di contribuire con un numero di 125 funzionari di frontiera.

<sup>538</sup> Alla luce di tali disposizioni, alcuni autori ritengono che il regolamento in esame “prioritises national responsibility over European solidarity” (cfr. P. DE BRUICKER, *Solidarity as a sovereignty-reducing penalty for failing to meet responsibility in the European Border and Coast Guard*, 26 febbraio 2016, reperibile su [odysseus-network.eu](http://odysseus-network.eu)).

per verificare la capacità e la prontezza degli Stati membri nell'affrontare le sfide alle loro frontiere esterne<sup>539</sup>.

Nell'ambito della sua azione di monitoraggio, l'agenzia, tramite i propri funzionari di collegamento dislocati negli Stati membri, è incaricata di raccogliere le informazioni necessarie a valutare le misure nazionali adottate alle sezioni di frontiera cui è stato attribuito un livello elevato di impatto. In caso di rilevata inidoneità di uno Stato a garantire il controllo della parte di frontiera in questione, il Consiglio di amministrazione, su proposta del direttore esecutivo, adotta una decisione che stabilisce le necessarie misure correttive da adottarsi da parte dello Stato membro interessato (art. 13, par. 8). Qualora quest'ultimo non prenda le misure adeguate entro il termine prescritto, la proposta della Commissione prevedeva l'eventualità di adottare ulteriori iniziative, tra cui figurava l'adozione di una decisione di esecuzione della Commissione che contemplava, come *extrema ratio*, un intervento diretto dell'agenzia, mediante, tra l'altro, la predisposizione di interventi rapidi nonché l'attivazione delle squadre europee di guardia costiera e di frontiera.

Tuttavia, tale diritto di intervento ha sollevato dubbi di compatibilità con il diritto primario dell'Unione che, come noto, riserva le funzioni di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale alla competenza esclusiva dei Paesi membri; di conseguenza, in merito alla questione sono sorte importanti obiezioni da parte del Consiglio, che ha emendato la proposta sul punto avocando a sé la decisione di attuazione in merito all'intervento diretto (art. 19).

#### *3.4.1 Il coordinamento tra FRONTEX ed EUNAVFOR MED: da Triton a Themis*

La decisione istitutiva dell'operazione EUNAVFOR MED, come visto, fa espressamente riferimento a una cooperazione con l'agenzia FRONTEX e, in particolare, con l'operazione Triton da essa dispiegata nel Mediterraneo. Prima di definire nello specifico i compiti che tale missione ricopre nell'ambito del contrasto allo *smuggling*, ed analizzarne l'evoluzione, è importante fare un passo indietro per

---

<sup>539</sup> Preambolo, considerando XXI. Tale meccanismo di vulnerabilità è inteso a completare lo strumento di valutazione Schengen, di cui al regolamento (UE) n. 1053/2013 mediante delle valutazioni regolari e obbligatorie della vulnerabilità nel controllo della frontiera esterna. Sul punto si veda J. RIJPMAN, *The proposal for a European Border Coast Guard: evolution or revolution in external border management? in Study for the LIBE Committee of the European Parliament*, 2016, p. 14).

comprendere le dinamiche che hanno condotto alla sua istituzione, a partire dall'antecedente operazione italiana *Mare Nostrum*.

Il 15 ottobre 2013, in risposta alle due stragi di Lampedusa<sup>540</sup>, e a seguito di una serie di incontri avvenuti il giorno precedente tra l'allora Ministro dell'Interno italiano, Angelino Alfano, il direttore generale dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM)<sup>541</sup>, William Lacy Swing, e, successivamente, il premier finlandese, Jyrki Katainen, l'Italia ha dato il via all'operazione *Mare Nostrum*, iniziata ufficialmente il 18 ottobre 2013. L'operazione, sotto il comando del Capo di Stato Maggiore della Difesa, ma delegato alla Marina Militare italiana, oltre ad avere il dichiarato obiettivo di evitare il ripetersi di stragi simili a quelle di ottobre, aveva lo scopo di fungere da deterrente nei confronti di coloro che organizzano i traffici di esseri umani, intercettandoli prima che potessero abbandonare i propri passeggeri in mare e cogliendoli, dunque, in piena flagranza di reato. Di fatto questa missione andava a potenziare un dispositivo già esistente impegnato nell'Operazione *Constant Vigilance* (OCV)<sup>542</sup>, iniziata nel 2004 per assicurare il controllo dei flussi migratori.

Il dispiegamento delle forze in campo comprendeva circa 910 militari della Marina Militare italiana, cinque unità d'altura, una nave anfibia, la San Marco, che all'occorrenza poteva trasformarsi in nave ospedale, due pattugliatori e due fregate classe Maestrale. In affiancamento al soccorso navale si contavano poi quattro elicotteri imbarcati e un velivolo "Predator" dell'Aeronautica Militare. Insieme alla Marina Militare erano inoltre impegnati nella gestione dei flussi migratori i mezzi della Capitaneria di porto, della Guardia di Finanza, dei Carabinieri e della Polizia di stato. Il costo della missione, stimato inizialmente a più di 1,5 milioni di euro al mese, ha rappresentato uno dei principali motivi di polemica, nonostante le ripetute

---

<sup>540</sup> Le stragi di Lampedusa, del 3 e 11 ottobre 2013, sono state approfondite al capitolo secondo del presente lavoro, v. sopra nota 346.

<sup>541</sup> L'Organizzazione internazionale per le migrazioni, fondata nel 1951, è la principale organizzazione intergovernativa in ambito migratorio, cui aderiscono attualmente 155 Stati e diverse associazioni governative e non governative. I rapporti tra l'Italia, che è tra i Paesi fondatori, e l'OIM sono regolati dall'accordo di sede, concluso a Roma il 23 giugno 1967, approvato dalla legge del 22 febbraio 1968 n. 441. Nell'accordo si definiscono le attività dell'Organizzazione in Italia e si garantisce il raggiungimento degli obiettivi comuni, in accordo con il mandato OIM. L'Organizzazione, pur senza far parte del sistema delle Nazioni Unite, dal 1922 mantiene lo status di osservatore nell'Assemblea Generale e collabora strettamente con le Agenzie specializzate delle Nazioni Unite.

<sup>542</sup> L'operazione *Constant Vigilance*, ad oggi circoscritta solo al Canale di Sicilia, svolge un'attività di sorveglianza, vigilanza della pesca e controllo dei flussi migratori tramite i pattugliatori Cassiopea, Vega, Orione e Libra della Marina militare italiana (si veda il sito [www.marina.difesa.it](http://www.marina.difesa.it), consultato il 13 luglio 2018).

rassicurazioni del Ministero dell'Interno, secondo il quale le risorse sarebbero state attinte esclusivamente dai bilanci dei singoli ministeri. Il nuovo controllo delle frontiere italiano operava congiuntamente e in sinergia con le attività previste dall'Agenzia europea FRONTEX e con EUROSUR<sup>543</sup>, il sistema pan-europeo delle frontiere terrestri e marittime, istituito in seguito al vertice europeo di ottobre 2013 in cui l'Italia aveva chiesto il rafforzamento dell'agenzia FRONTEX nel Canale di Sicilia<sup>544</sup>.

Secondo le disposizioni iniziali del Ministero dell'Interno e della Difesa, l'operazione avrebbe dovuto concludersi il 2 dicembre 2013, in quanto presumibilmente l'inasprirsi delle condizioni meteorologiche avrebbe reso molto ardua, se non impossibile, la partenza degli scafisti dai porti del Nord Africa. Di fatto, però, l'operazione è stata rinnovata fino alla primavera del 2014, con ingenti salvataggi per tutto il corso dell'anno e continui sbarchi nei "porti sicuri" della Sicilia, dove i centri di accoglienza erano ormai al collasso<sup>545</sup>.

---

<sup>543</sup> In ambito EUROSUR, operativo dal 2 dicembre 2013, si svolgono tutte le operazioni europee, incluse le missioni congiunte di FRONTEX, e gli Stati membri possono scambiarsi informazioni e dati, in modo da meglio definire le strategie di intervento. Ad EUROSUR viene inoltre affiancato un servizio di segnalazioni agevolato da satelliti e droni e ogni Stato coinvolto deve essere dotato di un centro nazionale di controllo per questo nuovo sistema di sorveglianza (Comunicato stampa UE, "Parte EUROSUR: nuovi strumenti per salvare la vita ai migranti e prevenire la criminalità alle frontiere dell'Unione Europea", Bruxelles, 29 novembre 2013, reperibile al sito [europa.eu](http://europa.eu)). L'apparato di EUROSUR ha un costo di circa 35 milioni di euro l'anno, ma parte della somma viene assorbita dai crediti erogati per FRONTEX. Il primo Paese ad aderire fu la Finlandia, il cui Primo ministro assicurò l'invio di unità di superficie in ausilio a quelle italiane, mentre il 25 ottobre, durante il vertice europeo di Bruxelles, giunsero altre due importanti adesioni da Francia e Olanda che disposero il rafforzamento di FRONTEX attraverso l'invio di aeromobili.

<sup>544</sup> "Abbiamo tre livelli per affrontare i flussi migratori: il primo è la cooperazione internazionale tendente a fare di tutto affinché non partano le navi dei mercanti della morte; il secondo è il controllo della frontiera che è europea; il terzo è l'accoglienza e il dispiegarsi del dispositivo nazionale. Da settimane e mesi diamo il meglio a livello nazionale, questa sera abbiamo puntato sul livello di protezione della frontiera": queste le parole dell'allora Ministro dell'Interno, durante l'annuncio del via all'operazione *Mare Nostrum* (*Immigrazione, al via operazione "Mare Nostrum"*, La Repubblica, 14 ottobre 2013). In tale occasione, Alfano precisò inoltre che, in base alle regole di Diritto della Navigazione Internazionale, "non è detto che, se interviene una nave italiana, i migranti vadano portati in un porto italiano", in quanto la valutazione di dove scortarli sarebbe stata presa in base alla zona in cui fosse avvenuto il contatto. Non sembrava dunque essere vincolante per la nazione soccorritrice concedere asilo ai migranti a cui fosse stato concesso aiuto. Le ultime parole di Alfano erano un tentativo di risposta alle perplessità riguardo al fatto che *Mare Nostrum* potesse venire interpretata dai trafficanti come un aiuto per raggiungere le coste italiane (L'Operazione Mare Nostrum, *Eurasia.org*, 4 novembre 2013).

<sup>545</sup> "L'Italia non è solo l'Italia, Lampedusa non è solo Lampedusa, Lampedusa è la porta d'Europa" ha dichiarato l'ex Ministro della Difesa, Mario Mauro, durante l'incontro nella città di Augusta (Siracusa) con il Primo Ministro sloveno Alenka Bratusek, il 22 gennaio 2014. La Slovenia infatti, con l'invio, dal

L'operazione *Mare Nostrum*, negli otto mesi dal suo inizio, è stata una delle missioni più elogiate e, a fasi alterne, aspramente criticate degli ultimi anni. L'efficacia dell'operazione, dal punto di vista delle vite salvate, è stata da subito evidente, tanto che solo nel mese di gennaio 2014 sono state portate a termine undici operazioni di soccorso e tratti in salvo 1979 migranti, di cui 75 donne e 235 minori, mentre nel mese di febbraio, in nove interventi in mare, sono stati salvati 1123 migranti, tra cui 47 donne e 25 minori<sup>546</sup>. Il 18 marzo 2014, l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, in concomitanza con l'ennesima morte di migranti nel Mar Egeo, zona in cui non era stata stabilita alcuna operazione umanitaria a tutela dei rischi che i profughi corrono nell'attraversare il Mediterraneo, elogiò<sup>547</sup> i risultati ottenuti dall'Italia che, con l'operazione *Mare Nostrum*, aveva soccorso oltre 10.000 persone<sup>548</sup>.

L'operazione *Mare Nostrum* è nata dunque come operazione parallela all'Agenzia FRONTEX, per affrontare una situazione di emergenza che non poteva attendere le risposte dell'Unione Europea<sup>549</sup>. I nobili intenti della missione, tuttavia, hanno dato adito a due principali critiche: la prima riguardava il fatto che l'operazione, nata come emergenza, fosse gestita ancora come tale, senza aver ottenuto alcun aiuto aggiuntivo né aver trovato un più efficace coordinamento con altri Stati europei (eccezion fatta per la Slovenia) sotto l'egida di FRONTEX; la seconda critica riguardava il fatto che la missione umanitaria fosse messa in atto da un organo militare dello Stato. Alcuni autori<sup>550</sup>, infatti, già allora sostenevano che sarebbe stato necessario fare chiarezza circa le procedure di prima identificazione dei migranti che, con lo scopo di decongestionare i centri di accoglienza in cui per molti giorni i profughi si rifiutano di farsi prendere le impronte digitali, possono essere eseguite direttamente sulle navi. In

---

15 dicembre 2013 al 31 gennaio 2014, del Pattugliatore Triglav nel porto di Augusta, ha preso parte all'operazione *Mare Nostrum*, rassicurando l'Italia e ricordando all'Europa che la missione doveva essere gestita in ambito europeo.

<sup>546</sup> Comunicato stampa della Marina Militare italiana del 6 giugno 2014, reperibile in [www.marina.difesa.it](http://www.marina.difesa.it).

<sup>547</sup> Comunicato stampa UNHCR, "L'UNHCR elogia Mare Nostrum, esempio di operazione umanitaria per evitare morti nel Mediterraneo", 18 marzo 2014.

<sup>548</sup> "Esprimiamo ancora una volta grande apprezzamento per l'operato della Marina Militare italiana impegnata nell'operazione Mare Nostrum che costituisce un contributo essenziale per evitare ulteriori tragedie del mare", ha dichiarato Laurens Jolles, delegato UNHCR per il Sud Europa, con l'auspicio che il modello italiano venisse adottato anche da altri Stati europei.

<sup>549</sup> Video reperibile in <http://www.internazionale.it/live-blog/la-missione-mare-sicuro/>.

<sup>550</sup> F. VASSALLO PALEOLOGO, *Mare Nostrum – luci e ombre sulle modalità operative*, in *Progetto MeltingPot Europa*, 28 ottobre 2013.

base all'art. 18 EUODAC<sup>551</sup>, infatti, gli stati, prima di procedere al prelievo delle impronte digitali devono informare la persona sull'identità del responsabile del trattamento ed eventualmente del suo rappresentante; sulle finalità per cui i dati saranno trattati nell'ambito dell'EUODAC; sui destinatari dei dati; sull'esistenza di un eventuale obbligo per rilevare le impronte digitali; dell'esistenza di un diritto di accesso ai dati che la riguardano e di un diritto di rettifica di tali dati. Portare a termine procedure di tale entità a bordo di motovedette in alto mare è complicato e ancor più grave sarebbe se a bordo delle unità impegnate nell'operazione *Mare Nostrum* si fossero svolti veri e propri interrogatori, senza alcuna garanzia procedurale, anche alla luce delle condizioni psico-fisiche in cui si trovano gli stranieri sopravvissuti a un naufragio<sup>552</sup>.

Per quanto riguarda la repressione del reato di traffico di migranti, insita anch'essa negli obiettivi dell'operazione, l'attività di polizia ha condotto all'arresto di decine di scafisti e al sequestro di due "navi madri" che operavano al largo delle coste italiane, nel corso di due azioni condotte dalla Marina militare sotto il coordinamento delle competenti Direzioni distrettuali antimafia.

L'istituzione, il primo novembre 2014, dell'operazione congiunta Triton di FRONTEX, dunque, è coincisa con la chiusura definitiva dell'operazione italiana *Mare Nostrum*, ed è avvenuta su sollecitazione delle stesse autorità italiane. Nel luglio 2015, il piano operativo della missione ha subito il primo ampliamento, con l'estensione dell'area delle operazioni e l'inclusione nel mandato dell'attuazione di operazioni di polizia per la repressione della tratta di persone e del traffico di

---

<sup>551</sup> "Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione)" in GUUE L 180/1 del 26 settembre 2013. Il Sistema EUODAC permette ai Paesi dell'Unione europea di aiutare a identificare i richiedenti asilo e le persone fermate in relazione ad un attraversamento irregolare di una frontiera esterna dell'Unione. Confrontando le impronte, i Paesi dell'UE possono verificare se un richiedente asilo o un cittadino straniero, che si trova illegalmente sul suo territorio, ha già presentato una domanda in un altro Paese dell'UE o se un richiedente asilo è entrato illegalmente in un territorio dell'Unione.

<sup>552</sup> Sul punto si ritornerà al capitolo quarto del presente lavoro.

migranti<sup>553</sup>. All'operazione hanno partecipato 27 Paesi membri, 3 Paesi terzi e 9 agenzie ed organismi internazionali, con il dispiegamento di 3 aeromobili, 3 elicotteri, 2 pattugliatori *offshore*, 6 pattugliatori costieri, una motovedetta costiera, e 12 uffici mobili, per un numero complessivo di 407 agenti, compresi i funzionari di collegamento a terra<sup>554</sup>.

Il compito di coordinare la missione è stato affidato all'Italia, in quanto Paese ospitante, mentre il comando operativo degli agenti è rimasto ai rispettivi Stati di invio<sup>555</sup>.

Per quanto riguarda le aree interessate dall'operazione, i pattugliamenti si sono estesi su una zona pari a 138 miglia nautiche a sud della Sicilia, che comprende parte delle acque territoriali italiane e maltesi e una porzione di acque internazionali, fino a circa 70 miglia nautiche dal limite esterno delle acque territoriali libiche<sup>556</sup>. Nei limiti di quest'area, i funzionari che partecipano alla missione hanno svolto attività di polizia di frontiera in conformità al codice frontiere Schengen, potendo intercettare e visitare le imbarcazioni sospettate di essere impiegate nel traffico di migranti e, nel caso in cui i sospetti si rivelino fondati, sequestrare l'imbarcazione e procedere all'arresto dei presunti scafisti<sup>557</sup>.

Le funzioni e l'area di azione dell'operazione Triton, dunque, si sovrappongono, almeno in parte, con quelle dell'operazione EUNAVFOR MED *Sophia*, che, come visto in precedenza, opera solo in acque internazionali, esercitando poteri di polizia in un'area pari a 525.000 miglia nautiche quadrate, fino al limite esterno delle acque territoriali libiche<sup>558</sup>.

---

<sup>553</sup> Commissione e Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, "La migrazione lungo la rotta del Mediterraneo centrale. Gestire i flussi e salvare vite umane", JOIN (2017) 4 finale, 25 gennaio 2017, p. 5.

<sup>554</sup> Si veda la Quinta relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, sulle attività volte a rendere pienamente operativa la guardia di frontiera e costiera europea, COM (2017), 467 finale, 6 settembre 2017, p. 3.

<sup>555</sup> Tali informazioni sono ricavabili dalla prima versione del piano operativo dell'operazione Triton ("Joint Operation OPN Triton 2014, *Operational Plan (Main Part)*", 2014/SBS/09), reso pubblico da *Statewatch.org*; la versione attualmente vigente non è ancora accessibile.

<sup>556</sup> Cfr. Audizione del generale di divisione Stefano Crepanti, Capo del III Reparto Operazioni del Comando generale della Guardia di finanza, Commissione difesa del Senato, seduta n. 221 del 19 aprile 2017, su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>557</sup> V. Joint Operation EPN Triton 2014, *Annexes of the Operational Plan*, 2014/SBS/09, p. 9 e ss.

<sup>558</sup> Si veda House of Lords, European Union Committee (UK), *Operation Sophia, the EU's naval mission in the Mediterranean: an impossible challenge*, 14th Report of Session 2015-16, 13 maggio 2016, par. 39, reperibile in [publications.parliament.uk](http://publications.parliament.uk).

Come emerge dal piano operativo dell'operazione Triton, gli uomini che vi erano impegnati provvedevano a ad abbordare e visitare le navi prive di bandiera sospettate di essere coinvolte nel traffico di migranti e, una volta confermato tale coinvolgimento, informavano le autorità italiane affinché venissero adottate “further appropriate measures”, direttamente o con l'assistenza dello Stato di bandiera che avesse effettuato l'abbordaggio. Le misure coercitive adottabili dalle navi impiegate nell'operazione di FRONTEX includevano il sequestro della nave, il suo dirottamento, o il trasporto dell'imbarcazione e del suo carico in un porto italiano. Nei confronti di navi battenti bandiera straniera che si trovassero in acque internazionali, a differenza di quanto previsto per l'operazione EUNAVFOR MED, che, come visto, gode dell'autorizzazione tramite la ris. 2240 (2015) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, qualsiasi tipo di misura coercitiva, inclusi l'abbordaggio e l'ispezione, poteva essere adottata solamente previa autorizzazione dello Stato di bandiera<sup>559</sup>.

Per quanto attiene alla cattura dei trafficanti, tale compito rientrava espressamente nel mandato dell'operazione Triton, il cui piano operativo ne disponeva la consegna alle autorità italiane, anche laddove la cattura fosse avvenuta in acque internazionali<sup>560</sup>.

L'operazione Triton è stata sostituita in tempi recenti dalla nuova missione navale europea, Themis, che ha preso il via il primo febbraio 2018 e che opera nel Mediterraneo centrale assistendo l'Italia rispetto al flusso di migranti proveniente da Algeria, Tunisia, Libia, Egitto, Turchia e Albania.

Seppure in sostituzione di Triton, Themis ha un mandato più ampio rispetto alla sua antenata: la novità più importante riguarda il fatto che i migranti soccorsi dovranno essere fatti sbarcare nel porto più vicino al punto in cui è stato effettuato il salvataggio in mare, e non più obbligatoriamente in Italia. Sono, inoltre, previste due nuove aree di pattugliamento nel Mediterraneo: una ad est - per i flussi migratori da Turchia e Albania - e una ad ovest - per quelli che partono da Libia, Tunisia e Algeria. Dal primo febbraio, poi, la linea di pattugliamento delle unità navali italiane sarà posta al limite delle 24 miglia dalle nostre coste, riducendo la zona operativa dell'Italia rispetto a quella attuale.

---

<sup>559</sup> Si veda Joint Operation EPN Triton 2014, *Annexes of the Operational Plan*, cit. sopra nota 47, p. 14 e ss. Tali disposizioni, peraltro, corrispondono pienamente a quanto previsto nel regolamento europeo sulla sorveglianza delle frontiere marittime esterne, valido per tutte le missioni coordinate da FRONTEX.

<sup>560</sup> *Ibidem*, p. 19.



Themis, infatti, come si legge sul sito dell'agenzia europea, “continuerà ad occuparsi della ricerca e del soccorso dei migranti in mare ma, allo stesso tempo, avrà un focus rafforzato sulle attività delle forze dell'ordine”. Oltre quindi a continuare le attività di ricerca e salvataggio sono state incluse attività di *intelligence* ed altre misure finalizzate ad individuare le minacce terroristiche alle frontiere esterne<sup>561</sup>.

### 3.5 Il contributo di EUROPOL al contrasto al traffico di migranti

Come anticipato, la decisione del Consiglio istitutiva dell'operazione EUNAVFOR MED ha ribadito più volte l'importanza di un coordinamento tra la missione militare e le altre agenzie dell'Unione, tra cui EUROPOL<sup>562</sup>, nell'ottica di individuare e smantellare le reti di traffico di migranti operanti nel Mar Mediterraneo. Tale coordinamento tra le diverse entità, tuttavia, viene invocato ripetutamente ma mai chiarito esplicitamente dal punto di vista operativo. Per tale ragione, occorre ricostruire il quadro generale, per quanto possibile attraverso le informazioni rese pubbliche dall'Unione e dunque reperibili, partendo dalle iniziative che le varie agenzie hanno adottato singolarmente nell'ambito del contrasto al traffico di migranti.

Partendo da EUROPOL, nel 2016 l'agenzia si è impegnata in maniera rilevante in tal senso, istituendo lo *European Migrant Smuggling Centre (EMSC)*, al fine di “proactively support EU member States in dismantling criminal networks involved in

---

<sup>561</sup> *Frontex launching new operation in Central Med*, 1 febbraio 2018, reperibile su [frontex.europa.eu](http://frontex.europa.eu).

<sup>562</sup> L'Ufficio europeo di polizia (EUROPOL) è un organismo dell'Unione europea che opera nel settore della cooperazione di polizia con il compito di raccogliere, scambiare e analizzare le informazioni sulle forme di criminalità transfrontaliera che coinvolgono due o più Stati membri. Tale ufficio era stato creato a seguito di una Convenzione firmata a Cannes il 26 luglio 1995 (c.d. Convenzione EUROPOL), sulla base dell'art. K.3 del Trattato dell'Unione europea, con lo scopo di promuovere il coordinamento e l'effettuazione di specifiche operazioni investigative da parte delle autorità competenti degli Stati membri, e di avviare la definizione di accordi di collegamento tra organi inquirenti, sia giudiziari sia di polizia, specializzati nelle attività di contrasto alla criminalità organizzata transfrontaliera.

È però con l'adozione della decisione del Consiglio (2009/371/GAI) che EUROPOL acquisisce lo status di Agenzia dell'Unione<sup>562</sup>, insieme a una maggiore flessibilità organizzativa a fronte delle nuove esigenze che si presentavano nel complesso scenario della cooperazione di polizia. Nello specifico, una delle principali novità rispetto al passato consiste nella possibilità per EUROPOL di assistere le autorità competenti degli Stati membri nella lotta contro determinate forme gravi di criminalità, a prescindere dalla sussistenza di indizi concreti del coinvolgimento di una struttura o di un'organizzazione criminale, requisiti che erano invece richiesti in precedenza per la sua attivazione.

organised migrant smuggling”<sup>563</sup>.

L’EMSC, chiara dimostrazione dell’urgenza percepita dagli Stati membri di arginare il fenomeno del traffico di migranti, è stato istituito sul modello di altri due centri specializzati, già esistenti all’interno di Europol: lo *European Cybercrime Centre (EC3)* e lo *European Counter Terrorism Centre (ECTC)*. È peraltro nell’ambito di questo nuovo centro che si situa il c.d. modello *hotspot* previsto dall’Agenda europea sulle migrazioni del 2015, istituito allo scopo di assistere le autorità nazionali nel campo delle identificazioni, supporto alle richieste di asilo, scambio di informazioni, indagini e perseguimento dei trafficanti. Inoltre, l’EMSC ha inglobato il *Joint Operational Team Mare (JOT Mare)*, adottato da Europol nel marzo 2015<sup>564</sup> e composto da un gruppo di esperti uniti dall’obiettivo di contrastare il traffico di migranti nel Mediterraneo, il quale continua tuttora a raccogliere, analizzare e far circolare informazioni volte a supportare le indagini sul traffico di migranti via mare verso i paesi di destinazione, che non includono solo gli Stati dell’Unione, ma anche Stati Uniti e Canada.

Secondo quanto emerge dal rapporto prodotto dall’EMSC, che fornisce un quadro riassuntivo dell’azione svolta da EUROPOL nell’ambito del contrasto allo *smuggling* nel corso degli ultimi due anni<sup>565</sup>, i funzionari dell’EMSC (*European Mobile Investigation/Analyses Teams, EMIST/EMAST*) sono stati dislocati nelle aree di maggiore concentrazione degli arrivi di migranti irregolari, in particolare a Catania e nel porto del Pireo, in Grecia. Inoltre, particolarmente rilevante, sempre in relazione ai controversi rapporti tra Unione europea e Libia cui si è accennato al capitolo precedente, è il fatto che l’EMSC ha inviato un analista presso l’EUBAM in Libia, il quale ha sviluppato una cooperazione strategica e ha preparato le basi per una futura collaborazione con le autorità locali in Libia e nella regione.

In aggiunta a quanto detto, come dichiarato dal rapporto, è stata istituita una *Information Clearing House (ICH)*, una sorta di piattaforma di raccolta di informazioni, da un lato, e utile a consolidare il sostegno alle forze di polizia dei Paesi partner, con un particolare focus oltre i confini dell’Unione e i Paesi di transito. L’ICH

---

<sup>563</sup> Europol, *Europol launches the European migrant smuggling centre*, 22 February 2016, reperibile su [europol.europa.eu](http://europol.europa.eu).

<sup>564</sup> Europol, “Joint Operation Team launched to combat irregular migration in the Mediterranean”, 17 March 2015, reperibile su [Europol.europa.eu](http://Europol.europa.eu).

<sup>565</sup> Europol, “Two years of EMSC. Activity report Jan 2017 – Jan 2018”, 2018, reperibile su [Europol.europa.eu](http://Europol.europa.eu).

recupera i mezzi e le strutture già esistenti e agisce da ponte verso i Paesi terzi. È estremamente importante evidenziare, nell'ottica della particolarità che caratterizza tutto il sistema di contrasto al traffico di migranti messo in piedi dall'Unione europea dal 2015 ad oggi, il dichiarato intento dell'ICH "to initiate or further develop cooperation with less-traditional partners not immediately connected to the law enforcement environment – for example, military forces deployed as part of the Common Security and Defence Policy (CSDP) missions and operations, such as the European Union Naval Force Mediterranean (EUNAVFOR MED) and the European Gendarmerie Force (EUROGENDFOR)".

Peraltro, grazie all'entrata in vigore del nuovo Regolamento dell'11 marzo 2016<sup>566</sup>, l'EMSC è sempre più proiettato verso la cooperazione con le autorità cardine dei Paesi di origine e di transito dei flussi migratori, grazie alla creazione di partenariati a livello regionale, unitamente a un rafforzamento della collaborazione con Interpol e, in particolare, con l'*Interpol's Specialised Operational Network (ISON)*, FRONTEX ed Eurojust<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup> Un'importante evoluzione con riferimento all'ambito di applicazione dell'agenzia si è registrata l'11 maggio 2016, con l'entrata in vigore del Regolamento 2016/794, che, sostituendo la decisione 2009/371, istituisce la European Union Agency for Law Enforcement Cooperation. Le modifiche introdotte da tale regolamento, che hanno richiesto tre anni di negoziati, in quanto "sostanziali per numero e per natura", hanno reso necessaria una sostituzione integrale della precedente decisione 2009/371. Riassumendo i punti salienti del regolamento, è opportuno mettere in evidenza le quattro più importanti modifiche che sono intervenute rispetto alle competenze di Europol. Innanzitutto, l'art. 6 appare rilevante in quanto prevede la possibilità per Europol di avviare un'indagine *motu proprio*, proponendo a due o più Stati membri la formazione, sotto la propria egida e il proprio coordinamento, di *task force* regionali per determinate materie o settori di indagine. Secondariamente, l'art. 7, stabilisce l'obbligatorietà per gli Stati membri di formare unità nazionali che verranno poi sottoposte a controllo tramite relazioni annuali da parte di Europol. Tali relazioni devono essere trasmesse anche al Parlamento, al Consiglio e alla Commissione, il che conduce inevitabilmente a una cooperazione tra Stati più vincolante che volontaria, il tutto nell'ottica di un rafforzamento delle misure di sicurezza mediante l'ampliamento dei compiti di Europol. Un terzo aspetto rilevante riguarda la facilitazione dello scambio di informazioni, limitato in precedenza dal fatto che i dati personali contenuti nel *database* di Europol venivano conservati per non più di tre anni, salvo casi eccezionali e in seguito ad apposite richieste e macchinose procedure. La maggiore fluidità nello scambio di informazioni, tuttavia, non dovrebbe andare a discapito dei diritti di tutela dei dati personali, poiché il regolamento prevede un serrato controllo da parte di designati ufficiali di protezione dei dati nazionali, in supporto al lavoro del responsabile della protezione dei dati di Europol e del Garante della protezione dei dati. In ultimo, occorre ricordare che il regolamento introduce la possibilità per i funzionari di Europol di ricevere dati da fonti private, in particolare attraverso una maggiore collaborazione con multinazionali, quali, ad esempio, Microsoft, Apple e Facebook, che si è rivelata assai utile per l'evoluzione delle indagini via web.

<sup>567</sup> Europol, *Joint Operation Team launched to combat irregular migration in the Mediterranean*, op. cit. nota 39, p. 22.

Per concludere, e rimanendo sul coinvolgimento e sull'apporto che Europol conferisce al sistema europeo di contrasto al traffico di migranti, appare interessante menzionare, a titolo esemplificativo, alcune delle più recenti operazioni coordinate dall'agenzia in tale ambito.

Con l'“Operazione Maverick”, la polizia greca, supportata da Europol, ha smantellato un'organizzazione coinvolta nel furto e nella falsificazione di documenti di viaggio al fine di facilitare l'arrivo di migranti irregolari da paesi terzi verso l'Europa. Nel corso di tale operazione, sono state perquisite sette case, arrestate undici persone, e confiscati 939 documenti di viaggio.

Nell'“Operazione Moultpass/Traumfabrik”, invece, la Francia, in coordinamento con la Germania e con il supporto di Europol, ha smantellato un'organizzazione coinvolta nel favoreggiamento dell'immigrazione illegale di cittadini indiani, attraverso la falsificazione di documenti ufficiali, e nello sfruttamento lavorativo degli stessi. I trafficanti si servivano di un'agenzia viaggi nel Paese di origine, la quale forniva i visti ai migranti inviandoli ai consolati con documenti falsificati. Il prezzo di tale servizio variava dai 7.000 euro a persona i 25.000 euro a famiglia. Una volta ottenuti i visti, l'organizzazione faceva in modo che le vittime viaggiassero verso i sobborghi di Parigi, per poi essere trasportati nella Germania dell'Est, dove erano costretti a lavorare per paghe bassissime e a trattenersi oltre il periodo concesso loro dal visto.

Nel corso dell'“Operazione Taurus”, ancora una volta l'indagine portò all'identificazione di un'organizzazione coinvolta nella frode di documenti e nel traffico di migranti via aerea dalla Grecia al Regno Unito attraverso documenti falsi. Infine, con l'“Operazione Halifax”, l'indagine portò ad individuare un'organizzazione capeggiata da cittadini afgani che trafficavano migranti dall'Afghanistan, dall'Iraq e dal Pakistan in veicoli adattati appositamente per il trasporto e diretti verso il Regno Unito.

### *3.5.1 La cooperazione tra Europol e Interpol*

Già ai sensi dell'art. 22 della decisione 2009/371, Europol può instaurare e mantenere relazioni, oltre che con le altre istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione europea, anche con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali, tra cui, in particolare, l'Organizzazione internazionale di polizia criminale (Interpol), la quale merita una particolare menzione data la collaborazione che ha instaurato con Europol nel corso

degli ultimi anni in materia di contrasto al traffico di migranti.

Innanzitutto, è bene ricordare che Interpol è stata istituita a Vienna nel 1923, non sulla base di un trattato internazionale, bensì di accordi intergovernativi multilaterali, con il compito di favorire la più ampia assistenza tra le autorità di polizia giudiziaria, pur sempre nel rispetto dei limiti fissati dalle leggi interne dei diversi Paesi<sup>568</sup>. A tale istituzione, che ha sede centrale a Lione, aderiscono 176 Stati, le cui forze di polizia sono poste in collegamento tra loro attraverso un'organizzazione periferica, rappresentata da uffici centrali nazionali, che opera attraverso una propria rete telematica, assistita da una banca dati collocata presso il segretario generale di Lione e consultabile in tempo reale attraverso un sistema di accesso diretto. Tale sistema è estremamente importante nell'ottica di un proficuo scambio di informazioni a carattere investigativo, le cui risultanze spesso vengono utilizzate dalle autorità giudiziarie nazionali per formalizzare e inoltrare successive richieste di assistenza finalizzate all'acquisizione di elementi probatori utilizzabili in sede processuale.

Oltre a questa funzione di agevolazione dello scambio di informazioni, Interpol esercita una funzione altrettanto rilevante anche nell'ambito della repressione del crimine di traffico di migranti, come emerso già dal primo capitolo del presente lavoro, ossia quella di favorire la cooperazione internazionale tra i Paesi aderenti, supportandoli in particolare nei procedimenti estradizionali, nella trasmissione delle rogatorie internazionali o nella ricerca di latitanti o persone nascoste nel territorio straniero<sup>569</sup>.

Ora, per quanto attiene nello specifico alla materia di interesse del presente lavoro,

---

<sup>568</sup> Cfr. R. S. J. MARTHA, *The Legal Foundations of Interpol*, II ed., Londra, 2017.

<sup>569</sup> Nell'ambito delle ricerche a fini estradizionali, Interpol ha elaborato la c.d. *red notice* (si veda [www.interpol.it](http://www.interpol.it)), che riporta tutti i dati richiesti dalle principali convenzioni internazionali per la presentazione di una richiesta di arresto provvisorio a scopi estradizionali (con riferimento, ad esempio, all'art. 16 della Convenzione europea di estradizione del 1957). Una volta ricevuto l'ordine di diffusione internazionale delle ricerche a scopo di estradizione, l'ufficio centrale nazionale, che in Italia è rappresentato dal servizio Interpol presso la Direzione centrale di polizia criminale del Ministero dell'Interno, redige, sulla base dei dati fornitigli dallo Stato membro interessato, la *red notice* e la invia all'Interpol, che a sua volta lo dirama per via telematica a tutti gli uffici centrali nazionali dei Paesi aderenti. È bene inoltre ricordare che, per quanto riguarda i Paesi aderenti alla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990 (decisione 2007/533/GAI) è stato sviluppato un sistema di diffusione internazionale delle ricerche a scopo estradizionale alternativo: si tratta della divisione S.I.R.E.N.E., che sostituisce l'ufficio nazionale centrale di Interpol, le cui *red notice* sono a loro volta sostituite da appositi formulari destinati ad essere inseriti nel Sistema Informazione Schengen di nuova generazione (S.I.S. II), i quali rappresentano di fatto segnalazioni in tutto equivalenti a un mandato di arresto europeo.

ossia la cooperazione di polizia volta al contrasto al traffico di migranti, negli ultimi anni Europol e Interpol hanno messo a frutto una proficua collaborazione, almeno dal punto di vista dello scambio e raccolta di informazioni. Nell'ottobre 2015, le due istituzioni si sono riunite per la prima volta in un *Europol-INTERPOL Operational Forum on Migrant Smuggling*, dal quale è emerso il bisogno impellente di irrobustire, almeno a livello europeo, lo scambio di informazioni relative alle reti di traffico di migranti<sup>570</sup>. I risultati prodotti da tale scambio di informazioni sono confluiti, almeno in parte, in un rapporto pubblicato congiuntamente dalle due organizzazioni nel maggio 2016<sup>571</sup>, in cui si perviene all'analisi delle organizzazioni criminali volta prevalentemente a: determinare la struttura e le strategie adottate da tali organizzazioni; definire le risorse finanziarie e i flussi monetari prodotti attraverso tali attività criminali; identificare i punti caldi in cui le organizzazioni criminali sono attive; fornire raccomandazioni circa le aree operative chiave su cui concentrarsi, nonché delineare una *roadmap* che contribuisca a rafforzare la cooperazione penale europea e internazionale; e, infine, stabilire quali siano i rischi e le minacce future. Quanto rilevato nel primo periodo di indagini, con riferimento ai punti di cui sopra, è stato inserito nel rapporto in oggetto ed è servito da base di studio per il secondo *Europol - Interpol Operational Forum*, tenutosi nel febbraio 2016. È interessante soffermarsi sulla metodologia utilizzata per raccogliere le informazioni. Secondo quanto dichiarato nel rapporto, in tale raccolta confluiscono i dati di intelligence derivanti sia da fonti dell'Unione europea sia da fonti esterne ad essa; nello specifico: 1500 indagini sono state supportate da Europol e 1500 testimonianze sono state raccolte da FRONTEX e dagli Stati membri dell'Unione, i cui dati sono poi stati trasmessi a Europol; sono stati redatti appositi questionari dagli uffici nazionali centrali di Interpol; sono state raccolte informazioni su aree geografiche tramite il reperimento di indirizzi e segnali GPS; sono state svolte indagini approfondite su più di cento imbarcazioni; sono stati analizzati i *social media* dalla *Europol's Internet Referral Unit*; sono state raccolte le informazioni di rapporti emessi da agenzie partner

---

<sup>570</sup> Europol, *INTERPOL-Europol forum targets migrant smuggling networks*, 15 ottobre 2015, reperibile su [europol.europa.eu](http://europol.europa.eu). In particolare, si legge nel comunicato stampa: "Together with INTERPOL, this Forum we open today and the next meeting at Europol, will deepen our operational cooperation and strengthen our mutual trust. This is a precondition for increasing the exchange of information and undertaking concrete action in the joint fight against crime".

<sup>571</sup> Europol, *Migrant Smuggling Networks Joint Europol-INTERPOL Report. Executive Summary May 2016*, reperibile su [europol.europa.eu](http://europol.europa.eu).

(FRONTEX, EASO e agenzie delle Nazioni Unite), nonché monitorati i dati riportati dalla *Open Source Intelligence (OSINT)*.

Per quanto riguarda gli strumenti e le tecniche di analisi delle informazioni, emerge che sono state svolte analisi sul profilo di circa 10.000 sospetti, al fine di identificarne l'origine, il ruolo all'interno delle reti di traffico, e i legami e le modalità di comunicazione tra gli uni e gli altri. Inoltre, è stata messa in atto un'analisi comparativa su un campione di 522 organizzazioni criminali in modo da definirne la composizione, la struttura, nonché i profili e le reti relazionali tra i membri che le compongono. L'indagine sui *social network* è stata indirizzata principalmente alle reti di traffico più ampie, per capire a quale ampiezza si sviluppano, come si connettono le une con le altre, come si stabiliscono i legami tra le celle, e chi sono i principali organizzatori. Infine, sono state condotte un'analisi qualitativa su 490 indagini supportate da Europol, in modo da contestualizzare le informazioni rilevate e stabilire dei casi studio, e un'analisi a livello geografico, al fine di mappare i luoghi chiave in cui si sviluppa principalmente il traffico di migranti.

Dalla raccolta dei dati, al maggio 2016, è emerso che le rotte utilizzate dai trafficanti sono ancora principalmente quattro: la rotta del Mediterraneo occidentale, attraverso la Spagna e il Portogallo (7.164 ingressi illegali nel 2015) attrae principalmente guineiani, algerini e marocchini; quella del Mediterraneo centrale, con partenze dalla Libia e arrivi in Italia (153.946 ingressi illegali nel 2015 solo da questa rotta), è utilizzata prevalentemente da cittadini dell'Africa, sebbene si sia registrata una diminuzione del 12% dal 2014 al 2015; dalla Turchia, la rotta prevalentemente utilizzata è quella sud-orientale, attraverso la Grecia o la Bulgaria via mare, terra o aria. Infine, la rotta orientale riguarda l'ingresso illegale nell'Unione attraverso Bielorussia, Moldavia e Ucraina.

Per quanto riguarda i luoghi di concentrazione delle organizzazioni criminali, ne sono stati identificati circa 250, di cui 170 all'interno e 80 al di fuori dell'Unione: si tratta principalmente di luoghi predisposti alle partenze, tra cui stazioni ferroviarie, aeroporti e stazioni di servizio per pullman atti a percorrere lunghe distanze. Altre aree di concentrazione del traffico si identificano nelle aree in cui vi sono scarsi controlli da parte delle autorità di frontiera, o dove tali controlli sono fortemente erosi da agenti corruttivi, nonché nelle aree in cui si concentrano le comunità soggette alla diaspora. In relazione alla struttura delle reti di traffico, è emerso che i c.d. "facilitatori" sono organizzati in reti deboli che si diramano lungo le rotte migratorie e che i principali

perpetratori del crimine sono cittadini non europei, originari delle medesime aree di provenienza dei migranti trafficati. Tuttavia, le reti che essi controllano parrebbero composte sia da cittadini dell'Unione sia da soggetti esterni ad essa, con nazionalità o permesso di soggiorno nello Stato in cui operano. Di base, la struttura delle organizzazioni è composta da “leader” che coordinano le attività criminali entro una data rotta, da organizzatori e mediatori che organizzano le attività a livello locale attraverso contatti che gestiscono personalmente, e da facilitatori occasionali che talvolta, ma non sempre, coadiuvano gli organizzatori nel reclutamento dei migranti da trasportare. Non sorprende che tale reclutamento sia messo in atto, in genere, da trafficanti della stessa nazionalità ed etnia dei migranti, e che avvenga prevalentemente al di fuori dei centri per richiedenti asilo o attraverso i *social media*.

Talvolta, le reti si coordinano le une con le altre per necessità, soprattutto nei casi in cui le varie sezioni delle rotte siano gestite da organizzazioni differenti. Come emerge dal rapporto, non sono stati registrati fenomeni di aperta competizione tra le reti di traffico, ma si tende piuttosto a parlare di “oligopolisation” del mercato di traffico, nel senso che “in places where the criminal activities are largely concentrated, larger criminal networks will gradually attempt take over smaller opportunistic networks” (p. 8).

I trafficanti raccolgono il denaro dai migranti prevalentemente in contanti o attraverso il c.d. metodo “hawala”<sup>572</sup>, in particolare da parte dei migranti provenienti da Turchia, Iraq e, più in generale, dal Medio Oriente. In alternativa, è la famiglia di origine a pagare i trafficanti perché consentano ai propri parenti di raggiungere l'Europa (16% dei casi) o i migranti stessi vengono sottoposti a sfruttamento lavorativo, spesso in aggiunta alla quota che hanno già versato, soprattutto nelle zone di transito<sup>573</sup>.

È interessante notare, e qui viene in rilievo l'importanza di un'efficace cooperazione tra gli Stati a livello sia europeo sia internazionale, che spesso il reato di *smuggling* di migranti si somma a una serie di azioni criminali collaterali, quali il traffico di droga (22% dei casi), la tratta di esseri umani (20% dei casi), crimini legati alla violazione di proprietà (20% dei casi) e falsificazione di documenti (18% dei casi), come peraltro previsto dal Protocollo di Palermo per il contrasto al traffico di migranti. la confluenza tra diversi crimini (“policriminality”) è dovuta essenzialmente a tre possibili leganti: i

---

<sup>572</sup> V. sopra nota 394.

<sup>573</sup> Da qui, la difficoltà di distinguere nettamente, in casi sempre più frequenti, fra *smuggling of migrants* e *trafficking in human beings*, come discusso al capitolo primo del presente lavoro.



perpetratori del crimine, che passano dal traffico di migranti ad altre attività criminali o semplicemente le sommano; le infrastrutture o le rotte che possono essere utilizzate per più attività criminali contemporaneamente; infine, alcune attività criminali possono essere funzionali e agire da supporto al traffico di migranti, per esempio lo sfruttamento lavorativo e la falsificazione di documenti.

### **3.6 La politica dell'UE nei confronti dei paesi terzi di origine e di transito dei migranti**

Nel giugno 2016, su proposta della Commissione europea<sup>574</sup>, è stato istituito dal Consiglio un nuovo *Migration Partnership Framework* (MPF), con il dichiarato obiettivo di rafforzare le relazioni con i Paesi terzi nell'ottica di una più efficace gestione dei flussi migratori<sup>575</sup>. Le azioni a breve termine, come si desume da un rapporto del Consiglio del luglio 2016 inerente ai risultati relativi alle azioni volte a fronteggiare i problemi connessi all'immigrazione, consisterebbero nel salvaguardare le vite umane in mare e nel deserto; nello smantellare le reti di trafficanti; nell'incrementare i rimpatri di coloro che non hanno diritto a restare in Europa; nel ridurre i viaggi pericolosi; e nell'aprire le vie di accesso legali verso l'Europa per coloro che sono bisognosi di protezione. Nel lungo termine, invece, l'obiettivo principale sarebbe reperire e affrontare le radici dell'immigrazione irregolare e forzata, attraverso un maggiore sostegno allo sviluppo economico, sociale e politico dei Paesi terzi. Proprio in relazione a questo ultimo aspetto, tuttavia, occorre precisare che l'Unione e i suoi Stati membri subordinano la cooperazione allo sviluppo all'effettivo controllo da parte degli Stati terzi delle uscite dal loro territorio utili a prevenire nuovi arrivi in Europa. Come affermato espressamente dal Consiglio, infatti, il nuovo MPF si basa su “effective incentives and adequate conditionality”, tanto che “cooperation on readmission and return will be a key test of the partnership between the EU and

---

<sup>574</sup> Establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration, COM (2016) 385 final, 7 June 2016.

<sup>575</sup> European Council Conclusions, 28 June 2016, reperibile su [consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu). Sul punto, si rimanda a M. GIUFFRÉ, *From Turkey to Libya: The EU Migration Partnership from Bad to Worse*, su *Eurojus*, 20 marzo 2017; M. GIUFFRÉ, V. MORENO-LAX, *The Raise of Consensual Containment: From “Contactless control” to “Contactless Responsibility” for Forced Migration Flows*, S. Juss (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law* (Edward Elgar, Forthcoming).

(its) partners”<sup>576</sup>.

Il nuovo quadro di partenariato, in pratica, nell’ottica di un approccio su misura, si basa sull’attuazione di patti con i paesi terzi coinvolti – attualmente si tratta di Etiopia, Mali, Niger, Nigeria e Senegal, mentre è stata rafforzata la cooperazione con altri paesi interessati, tra cui Afghanistan, Bangladesh, Egitto, Libia e Pakistan – e sull’assunzione di funzionari di collegamento europei per la migrazione, che sono distaccati nei paesi partner con il compito di fungere da punti di contatto fondamentali nell’ambito delle questioni migratorie<sup>577</sup>.

Sulla base dell’MPF, il 3 febbraio 2017, il Consiglio europeo ha redatto la Dichiarazione di Malta, relativa in particolare al contenimento dei flussi migratori dalla Libia verso l’Italia, come dimostrano le priorità da essa definite: formazione, equipaggiamento e supporto per la guardia costiera nazionale libica e altre agenzie pertinenti; sforzi intesi a smantellare il modello di attività dei trafficanti attraverso un’azione operativa rafforzata, nel quadro di un approccio integrato che coinvolga la Libia, altri paesi situati lungo la rotta e i pertinenti partner internazionali; sostegno allo sviluppo delle comunità locali in Libia, in particolare nelle zone costiere e presso le frontiere terrestri libiche lungo le rotte migratorie; impegno volto a garantire, in Libia, capacità e condizioni di accoglienza adeguate per i migranti, unitamente all’UNHCR e all’OIM; sostegno all’OIM per intensificare in maniera significativa le attività di rimpatrio volontario assistito; rafforzamento delle campagne di informazione e sensibilizzazione destinate ai migranti in Libia e nei paesi di origine e di transito, segnatamente per contrastare il modello di attività dei trafficanti; aiuti per la riduzione delle pressioni alle frontiere terrestri della Libia, collaborando con le autorità libiche e con tutti i vicini della Libia; monitoraggio di rotte alternative e di possibili deviazioni delle attività dei trafficanti; sostegno continuativo agli sforzi e alle iniziative dei singoli Stati membri impegnati direttamente con la Libia; approfondimento del dialogo e della cooperazione sulla migrazione con tutti i paesi confinanti con la Libia, inclusa una migliore cooperazione operativa con gli Stati membri e la Guardia di frontiera e costiera europea per quanto riguarda la prevenzione delle partenze e la gestione dei rimpatri.

È parere condiviso da diversi autori che l’MPF e la Dichiarazione di Malta

---

<sup>576</sup> Council of the EU, External aspects of migration – Monitoring results, 4 luglio 2016, reperibile a [data.consilium.europa.eu](http://data.consilium.europa.eu).

<sup>577</sup> “Un nuovo quadro di partenariato in materia di migrazione”, reperibile su [consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu).

costituiscano le basi per il contenimento esternalizzato (c.d. *contactless containment*) dei flussi migratori, basato essenzialmente su uno scambio di aiuti finanziari e di cooperazione allo sviluppo da parte dei paesi membri dell'UE verso i paesi terzi, che avrebbe come contropartita un controllo più efficace da parte dei paesi terzi delle uscite dal proprio territorio e un'accelerazione delle procedure di rimpatrio di coloro che hanno raggiunto illegalmente i territori dell'Unione<sup>578</sup>.

Prima di giungere al patto che più strettamente riguarda il presente lavoro, ossia l'accordo tra Italia e Libia, occorre ricordarne brevemente un altro altrettanto importante che, sebbene più legato alle procedure di rimpatrio che al contrasto al traffico di migranti nello specifico, rappresenta un esempio calzante di accordo con paesi terzi volti al contenimento dei flussi migratori.

Il 18 marzo 2016, l'UE e la Turchia hanno siglato un accordo che, di fatto, assumeva le caratteristiche di un comunicato stampa in modo che non producesse effetti legali, con il quale la Turchia accettava “rapid return of all migrants not in need of international protection crossing from Turkey to Greece and to take back all irregular migrants intercepted in Turkish waters”<sup>579</sup>. L'accordo prevede che i migranti che arrivano in Grecia saranno registrati e che la loro richiesta d'asilo sarà processata in accordo con la direttiva 2013/32/UE<sup>580</sup> e che per ogni siriano che, dalla Grecia, venga riammesso in Turchia, un altro siriano sarà reinsediato dalla Turchia all'UE, con priorità per coloro che precedentemente non siano entrati o non abbiano tentato di entrare nell'UE in modo irregolare<sup>581</sup>.

### 3.6.1 Il primo accordo tra Italia e Libia del 2008

Il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, viene firmato<sup>582</sup> a Bengasi il 30

---

<sup>578</sup> M. GIUFFRÉ, V. MORENO-LAX, *op. cit.*, v. sopra nota 575, p. 5.

<sup>579</sup> EU-Turkey Statement (n. 21).

<sup>580</sup> Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), in GUUE L 180/60.

<sup>581</sup> Per un approfondimento sull'accordo tra UE e Turchia, si rimanda a E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDI Blog*, vol. 3, 2016.

<sup>582</sup> Cfr. legge n. 7, del 6 febbraio 2009 di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008, in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana,

agosto 2008 dall'allora Presidente del Consiglio italiano, Silvio Berlusconi, e dal leader della Rivoluzione libico, Muammar El Gheddafi<sup>583</sup>.

Il Trattato del 2008, come si legge nel Preambolo, ha l'obiettivo di chiudere il doloroso "capitolo del passato", relativo alla colonizzazione della Libia da parte dell'Italia e di sviluppare un rapporto bilaterale "speciale e privilegiato", caratterizzato da un forte e ampio partenariato politico, economico e in tutti i restanti settori della cooperazione, e si articola in tre Capi. Nel Capo I vengono elencati i principi generali che devono informare le relazioni italo - libiche e che sono contenuti in buona parte nella Carta delle Nazioni Unite: rispetto della legalità internazionale (art.1), rispetto dell'uguaglianza sovrana (art. 2), non ricorso a minaccia e impiego della forza (art. 3), non ingerenza negli affari interni (art. 4), soluzione pacifica delle controversie (art. 5), rispetto dei Diritti umani e delle libertà fondamentali (art. 6) e dialogo e comprensione fra culture e civiltà (art. 7). Il Capo II, recante Chiusura del capitolo del passato e dei contenziosi, delinea una serie di impegni, anche onerosi, di cui l'Italia intende farsi carico nei confronti della Libia: realizzazione in Libia di "progetti infrastrutturali di base" per una spesa complessiva di 5 miliardi di dollari americani, per un importo annuale di 250 milioni di dollari americani per venti anni (art. 8), istituzione di una Commissione mista paritetica, costituita da componenti designati dai rispettivi Stati (art. 9), realizzazione di "iniziative speciali" ad opera dell'Italia, che vanno dalla costruzione di unità abitative all'assegnazione di borse di studio universitarie a studenti libici (art. 10). Da parte sua la Libia si impegna a concedere visti di ingresso agli italiani espulsi dalla Libia nel 1970 (art. 11) e a sciogliere l'Azienda libico-italiana (art. 12)<sup>584</sup>.

Infine il Capo III definisce il nuovo partenariato bilaterale: impegno delle Parti in

---

serie generale n.40.

<sup>583</sup> Il Trattato fa seguito all'Accordo per la cooperazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di stupefacenti e di sostanze psicotrope ed all'immigrazione clandestina, firmato a Roma il 13 dicembre 2000, tra l'allora Ministro degli Affari Esteri, Lamberto Dini, e il Segretario del Comitato Popolare Generale per il Collegamento Estero e la Cooperazione Internazionale, Abdurrahm Mohamed Shalgam, e al Protocollo per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, redatto e firmato a Tripoli il 29 dicembre 2007 tra l'allora Ministro dell'Interno italiano, Giuliano Amato, e Shalgam. I testi integrali del Trattato di Roma e del Protocollo di Tripoli si trovano rispettivamente in G.U. serie generale n.40 e in Supplemento Ordinario alla G.U., serie generale n.111.

<sup>584</sup> L'Azienda libico-italiana (ALI), inizialmente concepita con finalità opposte, si era rivelata un serio ostacolo allo sviluppo della presenza economica italiana in Libia, con richiesta di pagamenti sempre più onerosi.

favore delle varie forme di collaborazione, ai fini dell'intensificazione della cooperazione scientifica, culturale, economica e industriale (artt. 15-18), della collaborazione nel settore della difesa, con accordi relativi allo scambio di missioni tecniche, di informazioni militari e di operazioni congiunte (art. 20), pieno rispetto degli obblighi internazionali in materia di non proliferazione e disarmo (art.21), collaborazione tra le rispettive Istituzioni parlamentari e gli enti locali (art.22). L'articolo 23, relativo alle disposizioni finali, definisce il Trattato come principale strumento di riferimento per lo sviluppo delle relazioni bilaterali e stabilisce che il 20 agosto sia da considerarsi in entrambi i Paesi come "Giornata dell'amicizia italo-libica". L'articolo 19 merita una speciale attenzione ai fini dell'analisi sulle scelte effettuate dall'Italia in materia di respingimenti e rimpatri: esso prevede infatti l'intensificazione della collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e alla lotta all'immigrazione clandestina, con riferimento all'Accordo di Roma del 2000 e al Protocollo di Tripoli del 2007. Le due Parti promuovono la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle capacità tecnologiche necessarie, e un pattugliamento con equipaggi misti con motovedette messe a disposizione dall'Italia. L'Italia si impegna a sostenere il 50 per cento dei costi di realizzazione, mentre per il restante 50 per cento Italia e Libia chiederanno all'Unione europea di farsene carico. Le due Parti si impegnano inoltre a collaborare per la definizione di iniziative, sia bilaterali sia in ambito regionale, di prevenzione del fenomeno dell'immigrazione clandestina nei Paesi di origine dei flussi migratori. Si ricorda a tal proposito che Italia e Libia sono parte del Protocollo delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, firmato nel 2000, ma che la Libia non ha mai ratificato la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951<sup>585</sup>.

Ancora prima della firma del Trattato di amicizia tra Italia e Libia del 2008, i due Paesi avevano firmato un accordo bilaterale informale, nel 2003<sup>586</sup>, per il controllo condiviso delle frontiere, terrestri e marittime, e per la lotta all'immigrazione clandestina. Il patto, di cui si ha conferma anche dalle parole di Alessandro Pansa, allora responsabile

---

<sup>585</sup> Cfr. N. RONZITTI, *Il trattato Italia - Libia di amicizia partenariato e cooperazione*, gennaio 2009 in [http://www.iai.it/pdf/Oss\\_Transatlantico/108.pdf](http://www.iai.it/pdf/Oss_Transatlantico/108.pdf).

<sup>586</sup> European Commission, *Technical Mission to Libya on Illegal Migration*, 27 Nov-6 Dec 2004, reperibile online in <http://www.statewatch.org/news/2005/may/eu-report-libya-illimm.pdf>.

della Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere del Viminale, il quale ha dichiarato nel 2004 che Italia e Malta avevano preso accordi con la Libia per organizzare pattuglie congiunte volte a frenare i flussi di migranti illegali provenienti dalla Libia<sup>587</sup>, prevedeva anche la fornitura da parte dell'Italia di materiale specifico per il controllo dei confini libici, terrestri e marittimi<sup>588</sup>.

Il 14 luglio 2003 l'allora Ministro degli Interni italiano Pisanu aveva presentato un decreto al Senato che stabiliva, nell'intento di proteggere le frontiere e intercettare le navi trasportanti i migranti irregolari, un "Piano provinciale antisbarco" da attuare nella provincia di Ragusa<sup>589</sup>. L'operazione era controllata dal governo italiano e basata sulla cooperazione tra Carabinieri, Guardia di Finanza e Marina militare. Le fonti relative al numero di respingimenti attuate dal Governo italiano tra il 2003 e il 2009 risultano piuttosto discordanti ma, secondo quanto riportato dal blog di monitoraggio dell'immigrazione illegale, *Fortress Europe*, il 26 giugno 2006 una nave proveniente dalla Libia e trasportante 200 immigrati irregolari sarebbe stata intercettata da una corvetta della Marina italiana mentre navigava in acque internazionali. Le persone soccorse, in un primo momento, furono fatte sbarcare in Italia e, dopo aver passato la notte in un centro di accoglienza, furono espulsi la mattina successiva e costretti a fare ritorno in Libia<sup>590</sup>.

---

<sup>587</sup> A. PANSA, *Le Proposte del Governo italiano a livello comunitario in materia di immigrazione*, contributo presentato al convegno SIDI "Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno", Scuola Superiore Amministrazione dell'Interno, 18 giugno 2004. Reperibile in <http://www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-easilo/2005/maggio/pansa-conv-sidi.pdf>.

<sup>588</sup> Secondo quanto riportato dalla Commissione europea nel rapporto relativo alla Missione in Libia del 2004 (vd. nota 11), tra i rifornimenti garantiti dall'Italia vi sarebbero state auto Mitsubishi, bus Iveco, 12.000 coperte di lana, 6.000 cuscini e materassi, 150 binocoli per visione diurna, 500 salvagente a ciambella e 500 giacche salvagente, 500 mute subacquee, 100 scialuppe di salvataggio Zodiac, 100 lampade subacquee, 500 lampadine nautiche, 25 navigatori GPS per auto, cinque kit di perquisizione, cinque kit per le impronte digitali, 1.000 zaini, cinque macchine fotografiche. Secondo quanto riportato dalla BBC il 27 maggio 2005, nel 2005 l'Italia si sarebbe impegnata a spendere 15 milioni di euro all'anno, per più di tre anni, per rifornire l'equipaggio libico.

<sup>589</sup> Senato della Repubblica (2004), 675 Seduta pubblica, resoconto sommario e stenografico, 7 aprile 2005. Reperibile in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>590</sup> Il blog riporta l'intervista rilasciata da uno dei migranti presenti sull'imbarcazione durante le operazioni di respingimento: "Eravamo più di duecento. Siamo partiti il 26 giugno 2006 da Farwha, un'isoletta al largo della costa di Bu Kammash, a metà strada tra Rass Jdayr e Zuwaarah (Libia). Dopo venti ore in mare l'imbarcazione, che veniva chiamata Tulaitila, venne intercettata da una corvetta militare recante bandiera italiana. Ci hanno scortato a terra e ci hanno fatti sbarcare alle otto del mattino del 28 giugno 2006. Durante l'attracco, circa quaranta persone, inclusi i "trasportatori", si gettarono in mare e cercarono di fuggire, tutti gli altri furono condotti in un centro. Lo stesso giorno, alle nove di sera circa, ci ricondussero a bordo della stessa nave Tulaitila e ci scortarono fino al mattino, per poi costringerci a bordo della nave verde di pattuglia della Guardia Costiera Libica." Reperibile in

La posizione del Governo libico, diviso tra la necessità di controllare i propri confini e il timore di ingerenza da parte dell'Europa nella propria politica interna resta, in tema di cooperazione nella gestione dei flussi migratori, tuttavia, altalenante fino alla firma del Patto del 2008 con l'Italia.

Alla luce di quanto descritto sopra, il Patto italo – libico, e gli accordi informali che lo hanno preceduto, va distinto dagli accordi con i Paesi di cui si è trattato in precedenza, a causa della condizione di intermediario che gioca la Libia nel contesto delle rotte dell'immigrazione clandestina. Emerge, infatti, che la Libia non è il primo Stato di origine di emigranti, bensì luogo di transito e di imbarco di cittadini di altri Paesi africani, in particolare provenienti dal Corno d'Africa. A tal proposito è noto che, oltre al rimpatrio dei migranti in Libia, l'Italia ha finanziato il ritorno dei profughi dalla Libia al proprio Paese d'origine, o presunto tale. A dimostrazione di questo giunge il Rapporto della Commissione europea del 2005<sup>591</sup> che, sulla base di informazioni raccolte dalla Commissione stessa durante la “Missione tecnica in Libia per l'immigrazione irregolare”, svoltasi tra il 27 novembre e il 6 dicembre 2004, documenta che nel periodo compreso tra l'agosto 2003 e la fine del 2004, l'Italia avrebbe finanziato cinquanta rimpatri per via aerea, dalla Libia ai Paesi terzi. I 5.688 migranti coinvolti sarebbero stati rinviiati in Egitto, Ghana, Mali, Eritrea, Nigeria, Sudan, Niger, Pakistan, Bangladesh. Secondo quanto riferito dal Ministro dell'Interno libico in un comunicato del 2007<sup>592</sup>, l'Italia avrebbe finanziato, tra il gennaio 2003 e l'agosto 2006, il rimpatrio verso il Paese di origine di 8.899 migranti e tali missioni si sarebbero protratte per tutto il corso dell'anno 2007.

La politica dei finanziamenti al Governo libico ha permesso all'Italia, e attraverso di essa all'Europa, di mantenere una posizione di distacco, che include un notevole scarico di responsabilità, rispetto alla gestione dei flussi di migranti di Paesi terzi. La Libia, Paese extraeuropeo con cui l'Italia dispone, grazie ai retaggi del passato, di maggiore potere contrattuale, ha dunque acconsentito a prendere sul proprio territorio cittadini di altre nazioni in cambio dello sblocco dell'embargo internazionale, delle riparazioni per la guerra di Libia del 1911, del diritto della Libia e della famiglia

---

<http://fortresseurope.blogspot.com/2006/01/download-libya-2007-report.html>.

<sup>591</sup> Commissione europea, *Technical Mission to Libya on Illegal Migration*, 27 Nov-6 Dec 2004, reperibile online in <http://www.statewatch.org/news/2005/may/eu-report-libya-illimm.pdf>.

<sup>592</sup> Collaboration on security between Libya and Italy, documento interno del Ministro dell'Interno, 2007, in E. PAOLETTI, *The Migration of Power and North-South inequalities. The case of Italy and Libya*, Londra, 2011.

Gheddafi di investire in imprese italiane e di ricompense pecuniarie; per contro l'Italia è riuscita a liberarsi dei clandestini che, non rivelando la propria identità o provenendo da Paesi con i quali non erano in vigore accordi di riammissione, non potevano essere rispediti con facilità al mittente. Si ricorda inoltre che, il 16 ottobre 2007, l'ENI e la società petrolifera dello stato libico hanno siglato un accordo per lo sviluppo della produzione di gas in Libia, per 28 miliardi di dollari in dieci anni. Il 29 dicembre 2007 il governo Prodi ha rilanciato gli accordi con la Libia e ha stanziato oltre sei miliardi di euro.

La difficile identificazione dei migranti che giungono sul suolo italiano è, infatti, un problema che l'Italia si è trovata ad affrontare per anni e nemmeno i centri di permanenza temporanea, introdotti dalla legge Turco-Napolitano nel 1998, ne hanno garantito la soluzione. La legge si proponeva di trattenere in questi centri i migranti privi di documenti di identità per trenta giorni, al fine di identificarli ed ottenere dal Paese di origine un documento di viaggio idoneo, presupposti indispensabili per il rimpatrio degli immigrati. È però noto che per identificare uno straniero che si rifiuta di rilasciare le proprie generalità e ottenere il lasciapassare dello Stato a cui appartiene occorre un periodo di tempo che va dai due ai sei mesi; per questo motivo, un'altissima percentuale di immigrati mandati nei centri è tornata in libertà per scadenza dei termini, pur senza avere alcun permesso di soggiorno<sup>593</sup>.

Lo stesso grado di complessità e inefficacia si è riscontrato nei procedimenti relativi a stranieri entrati illegalmente sul territorio o dei suddetti "overstayers". Una volta emesso l'ordine di espulsione da parte del prefetto, il questore emette un ordine di "accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica", che deve essere ratificato dal giudice di pace nell'arco delle 48 ore successive e a quel punto l'immigrato dovrebbe essere ricondotto nello Stato di provenienza. Nella maggior parte dei casi, però, svariate cause (mancanza del mezzo di trasporto; mancato rilascio del lasciapassare da parte del Paese d'origine etc.) ne impediscono l'attuazione e lo straniero viene condotto, su ordine del questore, in un Centro di Identificazione ed Espulsione (CIE), dove può restare per un massimo di centottanta giorni. Anche in tal caso, tuttavia, le difficoltà di identificazione spesso permangono e, scaduto il termine di trattenimento imposto dalla legge, si rinuncia al rimpatrio dello straniero nel Paese

---

<sup>593</sup> Per un approfondimento sul tema, si veda M. BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, 2002.



d'origine.

### 3.6.2 Il Memorandum of Understanding tra Italia e Libia

Il *Memorandum of Understanding* tra Italia e Libia, che rappresenta, almeno a parere di chi scrive, l'esempio più calzante di *contactless containment* – per non dire di deresponsabilizzazione dell'Unione, punto sul quale si ritornerà al capitolo quarto – si lega a doppio filo con la dichiarazione di Malta, nonché, sebbene non espressamente previsto dalla decisione del Consiglio, al piano di formazione della Guardia Costiera libica da parte dell'Unione. L'accordo tra i due paesi è stato siglato in data 2 febbraio 2017 tra il Presidente del Consiglio dei Ministri italiano Paolo Gentiloni e il Capo Governo di Riconciliazione nazionale dello Stato della Libia, riconosciuto dall'Unione europea e dall'Italia, Fayez Mustapa Serraj allo scopo di fronteggiare l'emergenza rappresentata dagli sbarchi sulle coste italiane di cittadini provenienti dalla Libia.

Il Memorandum siglato a Roma presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri italiana rappresenta la conclusione delle trattative avviate per conto del Governo italiano dal Ministro Minniti e condotte in Libia nel mese di gennaio del corrente anno. L'accordo, che è entrato in vigore al momento della firma, ha durata triennale ed è tacitamente rinnovabile.

Il Memorandum esplicita che non vi saranno maggiori oneri per l'Italia e i finanziamenti delle operazioni ivi previste avvengono in base a quanto già stanziato dall'Italia (anche in base ai precedenti accordi con la Libia) oppure dall'Unione europea per le politiche di contenimento della immigrazione irregolare. Quanto al contenuto, il Memorandum prende le mosse dalla generale esigenza di tutelare e rafforzare la cooperazione allo sviluppo in Libia. Ai sensi dell'art. 1 lett. B dell'accordo tale sviluppo può avvenire nelle materie delle energie rinnovabili, delle infrastrutture, della sanità, dei trasporti, dello sviluppo delle risorse umane, della ricerca scientifica. Per raggiungere gli obiettivi di sviluppo occorre, però (e il Memorandum è esclusivamente a ciò finalizzato) *contrastare l'immigrazione irregolare* (art. 1 lett. a) e il traffico di esseri umani attraverso il rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, senza ovviamente intaccare il principio di non ingerenza negli affari interni dei rispettivi Paesi.

Le Parti individuano, dunque, nel fenomeno dell'immigrazione irregolare, della tratta degli esseri umani, del contrabbando di carburante e del terrorismo, le cause che possono compromettere gli obiettivi di proficue e positive relazioni tra i Paesi improntate allo Sviluppo alla pace. E, conseguentemente, le Parti affermano che occorre ferma determinazione nel cooperare per individuare soluzioni urgenti alla questione dei migranti irregolari che attraversano la Libia per recarsi in Europa via mare.

Con l'accordo le parti riaffermano il loro impegno a dare attuazione ai precedenti Trattati sottoscritti e ancora vigenti in materia, in particolare, il Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione firmato a Bengasi il 30 agosto 2008 e la Dichiarazione di Tripoli del 21 gennaio 2012 (art. 1 lett. A). Tuttavia, il memorandum sottoscritto in data 2 febbraio 2016 disciplina con dettaglio un solo aspetto toccato dal precedente accordo. In particolare, del Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione del 2008 rilevante, ai fini del Memorandum, è l'articolo 19, rubricato "Collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti, all'immigrazione clandestina", che dispone: "Le due Parti intensificano la collaborazione in atto nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e all'immigrazione clandestina, in conformità a quanto previsto dall'Accordo firmato a Roma il 13/12/2000 e dalle successive intese tecniche, tra cui, in particolare, per quanto concerne la lotta all'immigrazione clandestina, i Protocolli di cooperazione firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007". E aggiunge: "sempre in tema di lotta all'immigrazione clandestina, le due Parti promuovono la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle necessarie competenze tecnologiche. Il Governo italiano sosterrà il 50% dei costi, mentre per il restante 50% le due Parti chiederanno all'Unione Europea di farsene carico, tenuto conto delle Intese a suo tempo intervenute tra la Grande Giamahiria e la Commissione Europea". Infine "le due Parti collaborano alla definizione di iniziative, sia bilaterali, sia in ambito regionale, per prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei Paesi di origine dei flussi *migratori*".

Dunque, con il *Memorandum*, in coerenza con quanto previsto dall'articolo 19 del Trattato summenzionato, le Parti si impegnano al completamento del sistema di controllo dei confini terrestri della Libia, soprattutto nel sud del Paese. La cooperazione tra le Parti deve concretizzarsi nella predisposizione di campi di accoglienza temporanei in Libia, sotto l'esclusivo controllo del Ministero dell'Interno

libico, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei paesi di origine. Inoltre, le Parti debbono impegnarsi affinché i paesi di origine accettino i propri cittadini oppure debbono sottoscrivere con i paesi di origine accordi in merito. Senza che tali azioni intacchino il tessuto sociale libico o l'equilibrio demografico del Paese o la situazione economica e le condizioni di sicurezza dei cittadini libici. Nello specifico, il testo all'articolo 1 lett. A prevede che la Parte italiana si impegna a fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione irregolare. Tali organismi sono rappresentati dalla Guardia di frontiera e dalla Guardia costiera del Ministero della Difesa e dagli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno. Inoltre, ai sensi dell'articolo 2, le Parti si impegnano all'adeguamento e al finanziamento dei centri di accoglienza già attivi, attingendo ai finanziamenti disponibili da parte italiana e ai finanziamenti dell'Unione europea. La parte italiana contribuisce, poi, attraverso la fornitura di medicinali e attrezzature mediche per i centri sanitari di accoglienza, a soddisfare le esigenze di assistenza sanitaria dei migranti irregolari, per il trattamento delle malattie trasmissibili e croniche gravi. Inoltre, l'Italia si impegna a sostenere la formazione del personale libico all'interno dei centri di accoglienza summenzionati per far fronte alle condizioni dei migranti illegali, sostenendo i centri di ricerca libici che operano in questo settore affinché contribuiscano all'individuazione dei metodi più adeguati per affrontare il fenomeno dell'immigrazione irregolare e la tratta degli esseri umani. Sempre in forza di quanto previsto dall'articolo 2 le Parti collaborano per proporre, entro tre mesi dalla firma del memorandum, una prospettiva di cooperazione euro-africana più completa e ampia finalizzata ad eliminare le cause dell'immigrazione irregolare e a sostenere i paesi d'origine dell'immigrazione nell'attuazione di progetti strategici di sviluppo. Tale prospettiva deve altresì essere finalizzata ad innalzare il livello dei settori dei servizi e a migliorare così il tenore di vita e le condizioni sanitarie e a contribuire alla riduzione della povertà e della disoccupazione. Le Parti si impegnano inoltre a sostenere le organizzazioni internazionali presenti e che operano in Libia nel campo delle migrazioni e a proseguire gli sforzi mirati anche al rientro dei migranti nei propri paesi d'origine, compreso il rientro volontario. Le Parti, infine, si impegnano ad avviare programmi di sviluppo nelle regioni libiche colpite dai fenomeni dell'immigrazione illegale, traffico di esseri umani e contrabbando, in funzione di sostituzione del reddito. Ai sensi dell'articolo 3, al fine di conseguire gli obiettivi fissati dal Memorandum, le parti si impegnano a istituire un

comitato misto composto da un numero di membri uguale tra le parti, per individuare le priorità d'azione, identificare strumenti di finanziamento, attuazione e monitoraggio degli impegni assunti. Quanto agli oneri finanziari, come si è accennato, la Parte italiana provvede al finanziamento delle iniziative menzionate nel *Memorandum* e quelle che saranno proposte dal Comitato misto senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato italiano rispetto agli stanziamenti già previsti, nonché avvalendosi di fondi disponibili dall'Unione Europea.

## **CAPITOLO IV**

### **Problemi di tutela dei diritti umani nelle operazioni di contrasto al traffico di migranti nel Mediterraneo**

Al capitolo primo del presente lavoro è stato messo in luce il fatto che i migranti “oggetto” di *smuggling*, a differenza delle vittime di tratta, non sono titolari di particolari diritti derivanti dal loro stesso *status* di persone trafficate. Tuttavia, la tutela dei diritti umani rappresenta un aspetto centrale nell’ambito delle operazioni di contrasto al traffico: da una parte, infatti, determinano un limite all’azione degli Stati coinvolti nelle operazioni di contrasto; dall’altra, in quanto diritti aventi come destinatari tutti gli individui in quanto tali, gli Stati hanno il dovere di proteggerli e rispettarli anche e a maggior ragione durante le operazioni di controllo dei flussi migratori.

Nel presente capitolo ci si focalizzerà sulla tutela effettiva dei migranti coinvolti in operazioni di traffico, a partire dai diritti fondamentali che trovano applicazione generale fino a quei diritti che vengono in rilievo in particolari situazioni, come il divieto di sfruttamento dei migranti e la protezione di coloro che hanno subito tortura o altri trattamenti inumani e degradanti.

Prima di entrare nel dettaglio delle violazioni di diritti umani che sono avvenute, o potrebbero avvenire, nei confronti dei migranti nel corso delle specifiche operazioni di contrasto al traffico, occorre, infatti, fornire un quadro generale degli strumenti giuridici internazionali e regionali che, direttamente o marginalmente, prevedono una forma di tutela dei diritti di tali persone. Tra gli accordi internazionali di natura vincolante occorre distinguere fra quei trattati che hanno come scopo la tutela dei diritti umani di tutti gli individui in quanto tali e quelli che, invece, si rivolgono nello specifico a determinate categorie vulnerabili, quali, tra gli altri, donne e bambini. Per quanto attiene al primo gruppo, estremamente rilevanti sono il Patto sui diritti civili e politici<sup>594</sup> e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali<sup>595</sup>, entrambi adottati nel

---

<sup>594</sup> *International Covenant on Civil and Political Rights*, UNGA Res. 2200 (XXI), 999 U.N.T.S. 171, adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976. Gli Stati parte del Patto, al 2 agosto 2018, sono 171, reperibile su [treaties.un.org](https://treaties.un.org).

<sup>595</sup> *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UNGA Res. 2200 A (XXI), U.N.T.S. 3, adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 3 gennaio 1976. Gli Stati parte del Patto, al 2 agosto 2018, sono 168, reperibile su [treaties.un.org](https://treaties.un.org).

1966. Il Patto sui diritti civili e politici, in particolare, all'art. 2 estende la sua applicazione "to all individuals within the territory of the State Party (...) without distinction of any kind such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status". Tale previsione, poi, è supportata da una più ampia clausola di non discriminazione, all'art. 26: "All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status".

Oltre agli accordi internazionali di portata generale, poi, vengono in rilievo anche quegli strumenti non vincolanti che hanno contribuito a delineare delle linee guida che gli Stati avrebbero il dovere, quantomeno morale, di seguire, e che trovano la loro massima espressione nella Dichiarazione Universale dei Diritti umani del 1948. La Dichiarazione stabilisce, in maniera inequivocabile, che i principi in essa contenuti rappresentano "a common standard of achievement for all peoples and all nations"<sup>596</sup>, facendo riferimento a "equal and inalienable rights of all members of the human family"<sup>597</sup>, e confermando che ogni persona è destinataria dei diritti e delle libertà in essa contenuti "without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status"<sup>598</sup>.

A tal proposito, è importante riflettere sul fatto che, nonostante la portata universale che i diritti umani, in quanto tali, dovrebbero avere, è innegabile che la loro tutela effettiva sia fortemente influenzata dal rapporto che intercorre tra gli individui e lo Stato sotto la cui giurisdizione essi ricadono<sup>599</sup>. Per tale ragione, è utile soffermarsi sulla condizione delle persone che, volontariamente o involontariamente, lasciano il proprio Paese di origine, assumendo così inevitabilmente lo *status* di "non-cittadini" nei Paesi di transito e di destinazione. Sebbene, infatti, la questione dell'equo

---

<sup>596</sup> *Universal Declaration of Human Rights*, adopted by GA Res. 217A(III), UN GAOR, 3rd sess., 183rd plenary meeting, UN Doc. A/810, Preambolo.

<sup>597</sup> *Ibidem*.

<sup>598</sup> Art. 2, par. 1.

<sup>599</sup> Cfr. A. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 128 e ss.; M. B. DEMBOUR, *Universal Human Rights without Universal Obligations?*, in S. JOSEPH, A. MCBETH (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Cheltenham, 2010, p. 71.

trattamento degli stranieri da parte dello Stato ospitante sia stata ampiamente riconosciuta dal diritto internazionale consuetudinario<sup>600</sup>, prima, e ampliato dall'evoluzione degli strumenti giuridici a tutela dei diritti umani, poi, persistono alcune aree di criticità. Nonostante l'universalità dei diritti umani richiamata dalla Dichiarazione, infatti, alcuni autori hanno evidenziato nel tempo una contraddizione tra quanto da essa stabilito e l'effettiva accessibilità alla piena tutela dei diritti umani da parte dei migranti irregolari<sup>601</sup>. Un esempio in tal senso deriva dalla *General Assembly Declaration on the Human Rights of Individuals who are not Nationals of the Country in which they Live*, del 1985<sup>602</sup>, nella quale l'AG chiarisce che “nothing in this Declaration shall be interpreted as legitimizing the illegal entry into and presence in a State of any alien, nor shall any provision be interpreted as restricting the right of any State to promulgate laws and regulations concerning the entry of aliens and the terms and conditions of their stay *or to establish differences between nationals and aliens*. However, such laws and regulations shall not be incompatible with the international legal obligations of that State, including those in the field of human rights” (corsivo aggiunto). Per quanto, dunque, l'Assemblea richiami gli Stati al pieno rispetto dei diritti umani in conformità con quanto stabilito dagli obblighi internazionali, essa, al contempo, lascia loro un'ampia discrezionalità circa le misure da adottare in relazione all'ingresso e alla permanenza di stranieri sul proprio territorio, compresa la possibilità di adottare un trattamento differente, i cui termini non sono chiariti, per i cittadini e gli stranieri, siano essi regolari o meno.

Tra le convenzioni a tutela dei diritti umani di carattere regionale, particolarmente rilevante è indubbiamente la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU, o Convenzione europea), che i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa hanno l'obbligo di rispettare e sulla giurisprudenza della cui Corte ci si soffermerà in più occasioni nel corso del

---

<sup>600</sup> Sul tema della responsabilità degli Stati per danni nei confronti di stranieri, con particolare riferimento ai diritti umani degli stessi, si rimanda a M. MCDUGAL, H. LASSWELL, L. CHEN, *The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights*, in *American Journal of International Law*, Vol. 70, Issue 3, 1976, pp. 432-469.

<sup>601</sup> Si vedano, tra gli altri, G. NOLL, *Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, issue 2, pp. 241-272; J. RAMJI-NOGALES, *Undocumented Migrants and the Failures of Universal Individualism*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 477, 2014.

<sup>602</sup> A/RES/40/144, 13 December 1985, 116th plenary meeting.

presente capitolo. Nell'ambito dell'Unione europea, poi, fondamentale è il riferimento alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>603</sup>.

Passando ora al gruppo dei trattati vincolanti che si rivolgono nello specifico a determinate categorie di persone o alla prevenzione e repressione di specifiche violazioni di diritti umani, vengono in rilievo, nell'ambito delle operazioni prese in esame nel presente lavoro, la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, del 1984<sup>604</sup>, sulla quale si ritornerà in seguito con particolare riferimento sia agli atti di tortura ai quali sono, o potrebbero essere, sottoposti i migranti durante il tragitto, sia in relazione alla nozione di *non refoulement* in essa contenuta. Rilevano, poi, limitatamente ai minori, accompagnati e non, che sono coinvolti nelle attività di traffico, la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori<sup>605</sup>, del 1980, e Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989<sup>606</sup>. Il tema dei minori verrà ripreso marginalmente nei successivi paragrafi con riferimento agli obblighi che gli Stati hanno di tutelarli nel corso delle operazioni di contrasto allo *smuggling*, in particolare a seguito dei rapporti preoccupanti di organizzazioni internazionali e non governative relativi allo sfruttamento e alle gravi sparizioni di minori stranieri non accompagnati in Europa.

Giungendo ora agli strumenti specificamente rivolti alla tutela di talune categorie di migranti, particolarmente rilevante è senza dubbio la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, del 1951, che verrà presa in esame in relazione agli obblighi degli Stati coinvolti nelle operazioni di intercettazione e all'interpretazione che essa dà, all'art. 33, del principio di non respingimento.

Sebbene il Protocollo di Palermo per il contrasto al traffico di migranti via terra, vi mare e via aria sia già stato ampiamente trattato al capitolo primo, in quanto strumento specificamente rivolto alla prevenzione e alla repressione di tale attività criminale, esso include anche talune clausole di salvaguardia per i migranti oggetto di traffico

---

<sup>603</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2012/C 326/02), in G.U.U.E. C 326/392 del 26 ottobre 2012.

<sup>604</sup> *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UNGA Res. 39/46, 1465, U.N.T.S. 85, adottata il 10 dicembre 1984, entrata in vigore il 26 giugno 1987. Gli Stati parte della Convenzione, al 2 agosto 2018, sono 163.

<sup>605</sup> *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, U.N.T.S. 1343, adottata il 25 ottobre 1980, entrata in vigore il 1 dicembre 1983. Gli Stati parte della Convenzione, al settembre 2017, sono 98.

<sup>606</sup> *Convention on the Rights of the Child*, U.N.T.S. 1577, adottata il 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990. Gli Stati parte della Convenzione, al 2 agosto 2018, sono 196.



che durante la traversata hanno subito maltrattamenti da parte degli *smugglers*, sulle quali sarà utile soffermarsi. Inoltre, sulla base delle differenze fra tratta e traffico che sono già state chiarite al capitolo primo, si prenderà in esame il caso specifico in cui una distinzione netta tra le due fattispecie, dal punto di vista delle vittime, non è operabile.

In seguito, ritornando alla decisione istitutiva di EUNAVFOR MED e alla relativa risoluzione 2240(2015) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, si evidenzieranno gli aspetti più problematici dell'operazione per quanto riguarda l'effettiva tutela dei diritti umani dei migranti, con particolare riferimento al rispetto del principio di non respingimento, al divieto di espulsioni collettive, di tortura e altri trattamenti inumani e degradanti, anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tale ambito.

Una volta analizzati i punti critici dell'operazione da cui potenzialmente potrebbero scaturire violazioni di alcuni diritti fondamentali dei migranti, occorre interrogarsi su chi, in tal caso, sarebbe da ritenersi responsabile per tali contravvenzioni, dal momento che, come visto nei precedenti capitoli, la missione comprende azioni coercitive che si applicano in acque internazionali. Oltre ai problemi inerenti la giurisdizione dello Stato interveniente, in acque internazionali, sulle navi prive di bandiera o recanti bandiera di un paese terzo che si rifiuti di consentire l'abbordaggio e l'ispezione, va considerato, inoltre, che gli Stati agiscono, nell'ambito dell'operazione Triton, coordinati dall'agenzia FRONTEX dell'Unione europea, e, nell'ambito dell'operazione *SOPHIA*, attraverso una decisione del Consiglio dell'Unione europea e sotto l'autorizzazione dell'UNSC. Pertanto, sarà utile chiedersi se e in che modo le annose questioni legate alla responsabilità di FRONTEX, ora Guardia Costiera e di Frontiera Europea, e alla responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali vengano in rilievo.

Sempre rimanendo in tema di responsabilità, ci si soffermerà sulle violazioni di diritti umani in Libia, a cui si lega senza dubbio il *Memorandum of Understanding* siglato con l'Italia, al fine di valutare la sussistenza di una complicità dell'Italia, come argomentato da parte della dottrina in vista di un ricorso recentemente presentato, e ancora pendente, alla Corte europea dei diritti umani.

#### 4.1 Le disposizioni a tutela del migrante trafficato negli strumenti giuridici di contrasto allo *smuggling*

Il Protocollo per il contrasto al traffico di migranti via terra, via mare e via aria riserva, agli artt. 16 e 19, uno spazio alle clausole di salvaguardia nei confronti dei migranti coinvolti nelle attività di traffico.

Prima di entrare nello specifico di queste due disposizioni, occorre ricordare che, ripercorrendo la storia della stesura del Protocollo, i principi di assistenza e di protezione nei confronti dei migranti trafficati vennero sollevati per tutto il corso dei negoziati, incluse le prime discussioni inerenti all'adozione del trattato<sup>607</sup>. Tuttavia, nonostante l'insistenza di alcuni Stati circa il bisogno di dedicare un'attenzione specifica alla protezione e all'assistenza dei migranti all'interno del Protocollo, la questione non venne ritenuta prioritaria dalla maggior parte degli Stati<sup>608</sup>, tanto che l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani fece esplicita richiesta agli Stati di preservare e proteggere i diritti fondamentali di cui tutte le persone sono titolari, inclusi i migranti illegali. Nello specifico, l'Alto Commissario rilevò vari aspetti problematici nella bozza iniziale del Protocollo, ribadendo che: “despite the acknowledgement in the preamble to the draft Protocol that ‘illegal trafficking and transport of migrants is a particularly heinous form of transnational exploitation of individuals in distress’, the draft Protocol itself contained no protection principle”<sup>609</sup>. Sulla base di questo, l'Alto Commissario riteneva che l'omissione di qualsivoglia clausola di protezione all'interno del Protocollo avrebbe ridotto la portata applicativa dello strumento stesso e raccomandava che venisse inserita una disposizione tale da imporre agli Stati parti il rispetto e la protezione dei diritti umani dei migranti trafficati,

---

<sup>607</sup> La prima bozza del Protocollo presentata da Austria e Italia faceva riferimento, nel Preambolo, al traffico e al trasporto illegale di migranti come una “particularly heinous form of transnational exploitation of individuals in distress” (“Draft elements for an international legal instrument against illegal trafficking and transport of migrants (Proposal submitted by Austria and Italy)”, UN Doc. A/AC.254/4/Add. 1, Dec. 15, 1998). Altri riferimenti alla necessità di garantire protezione ai migranti trafficati sono reperibili nei lavori preparatori con riguardo al Preambolo, agli obiettivi, all'applicazione, alle circostanze aggravanti, alla formazione, e allo sviluppo di un articolo specificamente rivolto alla protezione (“United Nations Convention on Drugs and Crime, *Travaux Préparatoires* of the *Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention on Drugs and Crime and the Protocols Thereto*, 2006).

<sup>608</sup> Cfr. A. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 554 e ss.

<sup>609</sup> UN General Assembly, Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, “Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights” UN Doc. A/AC.254/16, June 1, 1999, par. 5 e 6.

come stabilito dal diritto internazionale, con particolare riferimento al diritto alla vita, al divieto di tortura o altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti, e al principio di non discriminazione.

Un'ulteriore richiesta di attenzione rispetto alla tutela dei diritti umani è stata poi sollevata da un gruppo informale di agenzie delle Nazioni Unite, coordinate dall'ufficio dell'Alto Commissario, nonché, separatamente, dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) e da una coalizione di organizzazioni non governative<sup>610</sup>.

Come emerge dai lavori preparatori del Protocollo<sup>611</sup>, l'insistenza dell'Alto commissario e della società civile hanno sortito effetti soprattutto nella fase finale dei negoziati. L'ultima versione del Protocollo, infatti, include una serie di previsioni volte a proteggere i diritti fondamentali di base dei migranti trafficati: il riconoscimento più esplicito dei rischi di violazione dei diritti umani causati dallo *smuggling* si ritrova già negli obiettivi fissati dal Protocollo, ossia prevenire il traffico di migranti e promuovere la cooperazione internazionale “while protecting the rights of smuggled migrants” (art. 2). In aggiunta a questo, come visto in precedenza, è rilevante l'art. 5 del Protocollo, che esclude l'incriminazione dei migranti oggetto di *smuggling* per il solo fatto di aver fatto ingresso illegalmente nello Stato parte. Tuttavia, come già rilevato al capitolo primo del presente lavoro, se gli Stati non possono perseguire penalmente i migranti sulla base del Protocollo, esso, per contro, non agisce da protezione nei confronti di tali persone in quanto non esclude che gli Stati possano adottare, nel proprio ordinamento interno, sanzioni penali per fattispecie quali l'ingresso o la permanenza illegale, o il possesso di documenti di viaggio fraudolenti. Un'esplicita norma a protezione dei migranti trafficati si ritrova, all'interno del Protocollo, all'art. 16, che interpreta quel “principio di protezione” raccomandato in tempo di negoziati dall'Alto Commissario per i Diritti umani. Come si legge dalla guida legislativa, l'art. 16 “is intended to set an appropriate standard of conduct for

---

<sup>610</sup> Si vedano, tra le altre, “Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, the United Nations Children's Fund and the International Organization for Migration on the draft protocols concerning migrant smuggling and trafficking in persons”, UN Doc. A/AC.254/27, Feb. 8, 2000; “Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights”, UN Doc. A/AC.254/16, June 1, 1999.

<sup>611</sup> *Travaux Préparatoires*, p. 537.

officials who deal with smuggled migrants and illegal residents and to deter conduct on the part of offenders that involves danger or degradation to the migrants”<sup>612</sup>.

La prima parte di tale articolo è rivolta alla responsabilità degli Stati parte di proteggere e preservare i diritti dei migranti trafficati ai sensi del diritto internazionale, con particolare riferimento a una serie di diritti fondamentali previgenti che, in quanto tali, si applicano anche alle persone coinvolte nel traffico: il diritto alla vita e il divieto di subire tortura o altre forme di trattamenti inumani e degradanti. A tal proposito, i lavori preparatori chiariscono che “the intention in listing certain rights in this paragraph was to emphasize the need to protect those rights in the case of smuggled migrants, but the provision should not be interpreted as excluding or derogating from any other rights not listed”<sup>613</sup>. È importante notare, inoltre, che la responsabilità da parte degli Stati parte si estende anche all’adozione di misure legislative atte a garantire una protezione adeguata dei migranti.

Oltre agli obblighi generali di cui si è appena trattato, l’art. 16 ne stabilisce ulteriori tre maggiormente specifici che impongono agli Stati parte di: adottare misure adeguate per proteggere i migranti da atti di violenza connessi allo *smuggling*, “whether by individuals or groups” (art. 16, par. 2); garantire assistenza ai migranti le cui vite o la cui sicurezza sono messe in pericolo dalle attività di traffico (art. 16, par. 3); con rispetto ai migranti in stato di detenzione, assicurarsi che siano a conoscenza del proprio diritto di accedere al consolato del loro Paese (art. 16, par. 5).

Come si nota leggendo i paragrafi 2 e 3 dell’art. 16, le forme di protezione particolare rivolte ai migranti coinvolti nel traffico sono strettamente legate ai casi in cui essi subiscano violenza in contesti di traffico. Questa precisazione evidenzia nuovamente la differenza, già rilevata nel capitolo primo, fra la protezione *ad hoc* accordata alle vittime di tratta, che sono tutelate proprio per lo *status* che acquisiscono, e la tutela, notevolmente inferiore, prevista per i migranti oggetto di traffico, i quali, appunto, sono destinatari di un’assistenza speciale solo qualora abbiano subito violenza per causa e durante il perpetrarsi dell’azione criminosa nella quale sono coinvolti.

Tale considerazione porta a interrogarsi su un’altra questione fondamentale, ossia in che misura si espliciti l’obbligo giuridico per gli Stati di prevenire e reprimere la violenza, gli abusi, e le forme di sfruttamento nei confronti dei migranti trafficati, siano

---

<sup>612</sup> Guida legislativa, p. 364, par. 69.

<sup>613</sup> *Travaux Préparatoires*, p. 541.

esse commesse per mano dei trafficanti, da funzionari dello Stato, o da terze persone. Come più volte ricordato, infatti, lo sfruttamento e la violenza non sono parti integranti della fattispecie di *smuggling*, ma svariate testimonianze raccolte da organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative, organi di stampa e istituti di ricerca provano che i migranti coinvolti nel traffico sperimentano, nel corso del viaggio, in particolare attraverso il deserto, verso l'Europa, svariate violazioni dei diritti umani<sup>614</sup>. Se da un lato, infatti, la previsione di cui all'articolo 16 può estendersi a un elevato numero di casi di violenza inferti dai trafficanti ai migranti, dall'altro esso, a differenza di quanto previsto dal Protocollo tratta, non prevede per i migranti oggetto di *smuggling* forme di assistenza specifiche nel caso in cui abbiano subito violenze nel corso della traversata, utilizzando la vaga espressione "appropriate measures" in relazione agli obblighi di protezione. Come ritengono alcuni autori, la formulazione imprecisa e ampia di tale obbligo, da un lato, permette agli Stati una maggiore flessibilità e discrezionalità nell'intervento, dall'altra, tuttavia, ne indebolisce la portata e rende estremamente difficoltoso verificarne il rispetto o, se nel caso, l'eventuale violazione<sup>615</sup>.

#### **4.2 Il diritto di partire (*right to leave*): un diritto asimmetrico**

Nel capitolo primo del presente lavoro è stato messo in luce che il traffico di migranti, così come tutte le fattispecie di crimine transnazionale organizzato, del resto, si alimenta attraverso lo scambio tra un'offerta, ossia il favorire il trasporto e l'ingresso illegale in uno Stato di cui la persona non è cittadina né residente abituale, e una domanda, rappresentata dalla volontà, o dalla necessità, del migrante di lasciare il

---

<sup>614</sup> Tra gli altri, si veda il rapporto di OIM, *La tratta di esseri umani lungo la rotta del Mediterraneo centrale. Dati, storie e informazioni raccolte dall'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni*, Roma, 2017, reperibile su *italy.iom.int*. In data 13 giugno 2018, in occasione dello sbarco di 932 migranti dalla nave Diciotti della Guardia Costiera italiana (a seguito di sei diversi interventi effettuati dalla Guardia Costiera italiana in acque internazionali), il portavoce di UNHCR per la Sicilia, Marco Rotunno, ha raccontato che, dalle ultime testimonianze dei migranti, i tempi di permanenza nei campi di detenzione libici, c.d. *mazzra*, in particolare a Ben Walid, si sono drammaticamente dilatati, con il concomitante acuirsi delle violenze inferte ai migranti detenuti. A titolo esemplificativo, si cita la storia di una donna eritrea che, giunta a Catania insieme al figlio di tre anni, è stata trattenuta a Ben Walid per più di un anno in condizioni disumane. La donna parla del carcere come di uno "stanzone" in cui sono stipate almeno tremila persone, che sono costrette a dormire sedute e a subire continue percosse. Durante il periodo di detenzione, la donna ha partorito una bambina che, a soli sei mesi, è deceduta, così come molti altri intorno a lei, a causa di una tosse trascurata.

<sup>615</sup> Cfr. A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17, p. 563 e ss.

proprio Paese di origine e raggiungere uno Stato estero, per ragioni che possono variare dal desiderio di migliorare le proprie condizioni economiche fino all'impellente necessità di fuggire da conflitti o calamità naturali. Ora, ciò che appare indiscutibile è che se il migrante potesse usufruire di mezzi alternativi a quelli proposti dai trafficanti, ossia canali legali e certamente meno rischiosi, la domanda alla base delle attività di *smuggling* diminuirebbe drasticamente.

Da un punto di vista strettamente giuridico, è noto che gli Stati esercitano il potere sovrano, ampiamente riconosciuto dal diritto internazionale, di controllare l'ingresso degli stranieri nel territorio sottoposto alla loro giurisdizione. È altrettanto riconosciuto, per contro, il diritto di ogni persona di lasciare qualsiasi Stato, incluso il proprio Paese di residenza. Quello che non ha trovato riconoscimento, in quanto andrebbe a contrastare con i poteri sovrani degli Stati di cui si è fatta menzione poc'anzi, è un diritto corrispondente per le persone di entrare e risiedere in uno Stato di cui non sono cittadine, fatto salvo il divieto di *refoulement* di cui si tratterà al paragrafo seguente.

Entrando ora nel merito del diritto di ogni persona di lasciare il Paese in cui vive, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani fu il primo strumento internazionale ad affermarne l'esistenza, stabilendo chiaramente che “everyone has the right to leave any country” (art. 13, par. 2). Tale diritto è stato poi ribadito all'art. 12, par. 2 del Patto sui diritti civili e politici: “everyone shall be free to leave any country, including his own”; il Patto non prevede restrizioni a questa disposizione, salvo “those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order, public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with (...) other rights” (art. 12, par. 3). Rilevante, poi, è il riferimento a tale diritto all'interno della Convenzione per i diritti del fanciullo, al cui art. 10, par. 2, si legge che “States Parties shall respect the right of the child and his or her parents to leave any country, including their own”, limitando tale diritto “only to such restrictions as are prescribed by law and which are necessary to protect the national security, public order (*ordre public*), public health or morals or the rights and freedoms of others and are consistent with (...) other rights”<sup>616</sup>.

---

<sup>616</sup> Il diritto di lasciare un Paese è riconosciuto anche dalla *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (2220 UNTS 3, adottato il 18 dicembre 1990, entrato in vigore il 1 luglio 2003), all'art. 8, par. 1: “Migrant workers and members of their families shall be free to leave any State including their State of origin. This right shall not be

Un'analisi accurata di tale diritto è stata effettuata dal Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, il quale ha optato per un'interpretazione ampia del *right to leave*, sostenuta anche da diversi autori<sup>617</sup>, secondo cui esso corrisponderebbe, in pratica, al diritto di spostarsi e viaggiare<sup>618</sup>. Per tale ragione, “the right to leave a country must include the right to obtain the necessary travel documents” (par. 9). Per quanto attiene alle restrizioni a tale diritto, il Comitato osserva che “the relation between right and restriction, between norm and exception, must not be reversed” e che “the laws authorizing the application of restrictions should use precise criteria and may not confer unfettered discretion on those charged with their execution” (par. 13). Inoltre, tali restrizioni devono essere proporzionate e adeguate alle circostanze, considerando che “they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result” (par. 14).

Particolarmente rilevante con riferimento agli argomenti trattati nel presente lavoro, è la considerazione che il Comitato effettua al par. 10, lasciando intendere che l'esternalizzazione del controllo dei flussi migratori potenzialmente violerebbe il diritto di partire: “The practice of States often shows that legal rules and administrative measures adversely affect the right to leave, in particular, a person's own country. It is therefore of the utmost importance that States parties report on all legal and practical restrictions on the right to leave which they apply both to nationals and to foreigners, in order to enable the Committee to assess the conformity of these rules and practices with article 12, paragraph 3. States parties should also include information in their reports on measures that impose sanctions on international carriers which bring to their territory persons without required documents, where those measures affect the right to leave another country”<sup>619</sup>.

---

subject to any restrictions except those that are provided by law (...);” nonché dal Protocollo N. 4 addizionale alla CEDU (Council of Europe, *Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto*, European Treaty Series n. 46, Strasburgo, 16 settembre 1963), all'art. 2, par. 2: “Everyone shall be free to leave any country, including his own”.

<sup>617</sup> Si veda, tra gli altri, H. HANNUM, *The Right to leave and Return in International Law and Practice*, Boston, 1987, p. 19.

<sup>618</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights, *CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, Adopted at the Sixty-seventh session of the Human Rights Committee, on 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27. (General Comments) (Contained in document CCPR/C/21/Rev.1/Add.9).

<sup>619</sup> A tal proposito, il Comitato, al par. 17 delinea una serie di misure che potenzialmente minerebbero l'effettivo godimento del diritto di partire: “lack of access for applicants to the competent authorities

Trasponendo quanto analizzato finora alle attuali strategie di contenimento dei flussi migratori, in generale, e alle operazioni di contratto allo *smuggling* in particolare, il rischio che il diritto di partire venga violato appare più che plausibile, almeno con riferimento all'esternalizzazione dei confini attraverso accordi bilaterali con i Paesi di origine e di transito da cui partono i migranti, sulla quale si ritornerà nei successivi paragrafi. Vari autori, d'altra parte, hanno individuato nella prassi adottata dagli Stati negli ultimi anni una violazione del diritto di partire, sia attraverso le intercettazioni delle navi in mare, sia attraverso requisiti più restrittivi per il rilascio dei visti o controlli più severi prima della partenza<sup>620</sup>, fino ai casi più estremi in cui gli alcuni Stati hanno adottato sanzioni nei confronti delle persone che hanno lasciato senza autorizzazione il proprio Paese<sup>621</sup>.

In generale, tuttavia, è chiaro che tale diritto è passibile di essere violato in svariati modi a causa di quell'asimmetria di cui si faceva menzione all'inizio: chiunque, salvo le restrizioni di cui si è parlato, ha il diritto di partire, ma non quello di essere accolto in un luogo alternativo a quello di cittadinanza. A tal proposito, nonostante l'ampia interpretazione che il Comitato per i Diritti Umani ha adottato, il diritto di partire può essere ancora limitato dagli Stati con ampia discrezionalità. Un esempio in tal senso è ritrovabile anche nella giurisprudenza della Corte EDU che, nella sentenza sul caso *Xhavara c. Italia e Albania*<sup>622</sup>, non ha ravvisato la violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 addizionale alla CEDU. Nel caso in questione, riguardante la vicenda della nave

---

and lack of information regarding requirements; the requirement to apply for special forms through which the proper application documents for the issuance of a passport can be obtained; the need for supportive statements from employers or family members; exact description of the travel route; issuance of passports only on payment of high fees substantially exceeding the cost of the service rendered by the administration; unreasonable delays in the issuance of travel documents; restrictions on family members travelling together; requirement of a repatriation deposit or a return ticket; requirement of an invitation from the State of destination or from people living there; harassment of applicants, for example by physical intimidation, arrest, loss of employment or expulsion of their children from school or university; refusal to issue a passport because the applicant is said to harm the good name of the country”.

<sup>620</sup> Sul punto, si vedano B. RYAN, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (a cura di), *Extraterritorial Migration Control: Legal Challenges*, Leiden, 2010, pp. 3-22; G. S. GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, issue 3, 1 ottobre 2011, pp. 443-457.

<sup>621</sup> Alcuni esempi sono reperibili in A. T. GALLAGHER, *A Shadow Report on Human Trafficking in Lao PDR: The US Approach vs. International Law*, in *Asian and Pacific Migration Journal*, vol. 15, issue 4, 1 dicembre 2006, pp. 525-552.

<sup>622</sup> *Xhavara and Fifteen Others v. Italy and Albania*, ricorso n. 39473/98, sentenza dell'11 gennaio 2001, par. 3.



albanese *Kates I Rades*, affondata in data 28 marzo 1997<sup>623</sup>, con 54 persone a bordo, dopo essere stata speronata da una nave militare italiana, la *Sibilla*, i ricorrenti invocavano la violazione del diritto di lasciare il proprio Paese a seguito dell'accordo bilaterale stipulato tra Italia e Albania al fine di contenere l'ondata migratoria del 1997<sup>624</sup>. A partire dalla stipula di tale accordo, l'Italia assunse ampi poteri coercitivi esplicabili in alto mare e nelle acque territoriali albanesi, non solo nei confronti di navi battenti bandiera albanese, ma anche di navi battenti bandiera di uno Stato terzo che fossero collegate in qualche modo all'Albania. La Marina italiana blindò, in pratica, l'Adriatico con un blocco navale delle coste, secondo uno schema denominato "Albania 2"<sup>625</sup>, e articolato su tre linee: un dispositivo costiero operante nelle acque territoriali albanesi e affidato al 28° Gruppo Navale, armato e pronto a rispondere al fuoco se provocato; una seconda fascia, costituita da navi d'altura, con il compito di sorvegliare lo spazio marittimo tra Albania e Italia, al fine di localizzare natanti trasportanti clandestini, e un terzo dispositivo che doveva agire per il contenimento dell'immigrazione clandestina in acque italiane.

La Corte stabilì che "les mesures mises en cause par les requérants ne visaient pas à les priver du droit de quitter l'Albanie, mais à les empêcher d'entrer sur le territoire italien" (par. 3). Tuttavia, se è vero che l'intento dell'Italia era quello di prevenire, attraverso un controllo extraterritoriale dei flussi, l'arrivo della popolazione albanese sul territorio italiano, di fatto la barriera navale da essa dispiegata impediva lo

---

<sup>623</sup> Il naufragio della nave *Kater I Rades* (*Quattro in rada*) è altrimenti noto come "tragedia di Otranto", o "tragedia del Venerdì Santo" in ricordo, rispettivamente, del luogo e del giorno in cui avvenne.

<sup>624</sup> L'accordo, che consisteva più propriamente in uno scambio di lettere tra i due Paesi, e recante, appunto, "Scambio di lettere relativo alla cooperazione per la prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico dei due Paesi e l'immediato aiuto umanitario, quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania", fu concluso tra l'allora Ministro degli Esteri italiano Lamberto Dini e il Ministro degli Esteri albanese dell'epoca, Bashkim Fino. Lo scambio epistolare faceva riferimento alla ripetuta richiesta di assistenza militare da parte del Governo albanese ai Paesi europei affinché si rafforzassero i controlli ai porti albanesi di partenza. Il Governo italiano, intenzionato quanto e più di quello albanese a prevenire l'immigrazione illegale, offrì in risposta la propria collaborazione, che si esplicava mediante "il fermo in acque internazionali ed il dirottamento in porti albanesi da parte di unità delle Forze Navali italiane di naviglio battente bandiera albanese o comunque riconducibile allo Stato albanese, nonché il fermo in acque territoriali albanesi di naviglio di qualsiasi bandiera che effettui trasporto di cittadini albanesi che si fossero sottratti ai controlli esercitati sul territorio albanese dalle Autorità a ciò preposte" (Protocollo tra il Ministro della difesa della Repubblica italiana e il Ministro della difesa albanese di attuazione dello Scambio di lettere relativo alla cooperazione per la prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico dei due Paesi e l'immediato aiuto umanitario, quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania, G.U. Suppl., n. 163, 15 luglio 1997).

<sup>625</sup> *Accordi bilaterali in Italia- Albania nella lotta contro l'immigrazione clandestina*, in *L'altro diritto, centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, reperibile in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it).

spostamento della popolazione albanese dal proprio Paese di origine, limitandone di conseguenza il diritto di partire. Alla luce di quanto esposto, tale decisione è stata a ragione criticata da alcuni autori per non aver riconosciuto il fatto che gli obblighi derivanti dal diritto di ogni persona di partire non ricadono solamente sul Paese di partenza ma su tutti gli Stati parte delle Convenzioni in cui tale diritto è stabilito, e a maggior ragione su quegli Stati che esercitano il proprio controllo e potere al di fuori della propria giurisdizione<sup>626</sup>.

#### **4.3 Il diritto di richiedere asilo e il principio di *non-refoulement***

Strettamente legato al diritto di partire, e ancor più a rischio durante le operazioni di contrasto al traffico di migranti in mare, è il principio del *non refoulement*, sancito in maniera esplicita all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951<sup>627</sup>, ma anche con accezioni differenti, in vari strumenti di diritto internazionale sui quali è utile soffermarsi per individuarne i diversi profili di applicazione e interpretazione. Se infatti, da un lato, non si può ritenere che il solo dispiegamento dell'Operazione *Sophia* comporti di per sé una violazione di detto principio, è altrettanto vero che, nella prassi, le azioni di intercettazione e contrasto, sia nell'ambito di EUNAVFOR MED sia delle misure collaterali volte a contrastare il traffico, non sempre rispettano il divieto di respingere i migranti coinvolti nel crimine di *smuggling*.

Partendo dall'interpretazione del principio del non respingimento come predisposto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, esso stabilisce che “No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a *refugee* in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a political social group or political opinion” (art. 33, par. 1, corsivo aggiunto). Tale disposizione, come si legge, è espressamente rivolta, ai sensi della Convenzione, alle persone a cui sia riconosciuto lo *status* di rifugiato,

---

<sup>626</sup> Cfr. V. MORENO-LAX, *Must EU Borders Have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carrier Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees*, in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, Issue 3, 2008, pp. 315-364.

<sup>627</sup> La Convenzione di Ginevra nasce nel contesto del secondo dopoguerra e, secondo quanto espresso all'art.1 del Capitolo I, fa riferimento esclusivamente ad avvenimenti verificatisi anteriormente al primo gennaio 1951 in Europa. Al fine di ovviare a questo limite geografico e temporale, il 31 gennaio 1967 la Convenzione viene integrata da un Protocollo che concede agli Stati l'applicazione della stessa anche ad avvenimenti posteriori al primo gennaio 1951 e avvenuti “altrove”.

definizione sulla quale occorre soffermarsi per identificare le categorie di migranti che effettivamente rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione. L'art. 1 A, n. 2, par. 2 della Convenzione attribuisce lo *status* di rifugiato a coloro che, temendo a ragione di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza di un determinato gruppo sociale o per le loro opinioni politiche, si trovano fuori dal Paese di cui sono cittadini e non possono o non vogliono, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di tale Paese. La verifica dei requisiti fondamentali (fondato timore di persecuzione, allontanamento dal Paese d'origine, mancanza di protezione da parte dello Stato di origine), definiti criteri di "eleggibilità", deve avvenire attraverso la valutazione autonoma di ciascuna situazione individuale; solo in casi particolari, qualora interi gruppi di persone abbiano lasciato la propria residenza in circostanze per le quali i membri del gruppo possano essere considerati individualmente come rifugiati, è possibile ricorrere a una determinazione collettiva di *status*<sup>628</sup>. Per quanto riguarda il "fondato timore di persecuzione", infatti, è necessario ricorrere ad un attento esame delle dichiarazioni dell'interessato, dei suoi precedenti personali e familiari e della sua eventuale appartenenza ad un gruppo razziale, religioso, nazionale, sociale o politico. Questi elementi "soggettivi" devono essere poi integrati dalla prova ragionevole che la vita nel Paese di origine sia diventata intollerabile e dalla verifica della sorte subita da parenti, amici o altri membri dello stesso gruppo. La necessità di effettuare un'analisi quanto più possibile accurata circa l'esperienza personale di ogni richiedente asilo è un aspetto da tenere in considerazione per meglio comprendere la gravità delle ripercussioni che la pratica dei respingimenti ha sui richiedenti asilo. Il secondo elemento di inclusione è costituito dall'"allontanamento dal Paese d'origine", in base al quale gli Stati sono tenuti a considerare ammissibile la domanda di asilo presentata sia dalla persona che abbia fatto ingresso nel territorio di uno Stato nel quale ha motivo di ritenersi sicuro, sia dalla persona che già si trova nello Stato estero, quando si determinano nel Paese di origine le condizioni per le quali vi sarebbe fondato motivo di persecuzione in caso di ritorno.

L'ultimo elemento di inclusione consiste nell'assenza di protezione da parte dello Stato di origine, che dovrebbe estendersi anche ai casi in cui siano presenti sul

---

<sup>628</sup> Cfr. P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei Diritti Umani*, Milano, 2006, pp. 151- 168.

territorio partiti e organizzazioni, comprese quelle internazionali, che offrono protezione al posto dello Stato. Queste autorità non statali infatti, non essendo parti dei trattati internazionali in tema di tutela della persona, non forniscono una garanzia di protezione adeguata ed effettiva ai richiedenti asilo.

Nella definizione del concetto di “persecuzione” occorre delineare il confine con il principio di “discriminazione”: si considera vittima di persecuzione una persona laddove le misure discriminatorie a suo carico implicino conseguenze gravi e pregiudizievoli per la sua persona. L’agente di persecuzione può essere costituito dagli agenti statali, siano essi organi *de jure* formalmente inseriti nella struttura organica statale, o agenti *de facto* che operano in concreto per la struttura di governo; ovvero da un “agente terzo non statale”, che opera all’interno del territorio dello Stato ma che non è identificabile con questo. Le cause di persecuzione si identificano, agli artt. 1 e 33 della Convenzione, con la razza, la religione, la nazionalità, le opinioni politiche o l’appartenenza ad una determinata categoria sociale. A tal proposito si riserva particolare attenzione alla persecuzione di genere che, a partire dagli anni Novanta, viene considerata come valida causa per l’ottenimento dello status di rifugiato. L’UNHCR ha elaborato inoltre, a partire dal 1991, le *Guidelines on the Protection of Refugee Women*, secondo le quali la mutilazione sessuale rappresenta una forma di persecuzione idonea a valutare l’eleggibilità. La stessa linea viene adottata dall’Alto Commissariato nei confronti delle persone che subiscono attacchi, trattamento inumano o seria discriminazione a causa della loro omosessualità e i cui governi sono incapaci o non vogliono proteggerli.

Gli obblighi di trattamento dei rifugiati vengono indicati negli articoli dal 3 al 28 della Convenzione, e toccano ogni aspetto della vita del richiedente asilo, dal divieto di discriminazione in base al Paese di provenienza (art. 3) al libero accesso alla giustizia (art. 16). Lo status di rifugiato, così come viene concesso, è destinato, in un’ottica di temporaneità, a cessare. Una persona cessa di essere rifugiato quando vengono meno gli elementi che stanno a fondamento del riconoscimento del suo status.

L’articolo 1 lett. c) della Convenzione definisce le cause di cessazione relative ai cambiamenti nella condizione personale del rifugiato: la riassunzione volontaria della protezione internazionale, il riacquisto volontario della cittadinanza, l’acquisizione di una nuova cittadinanza, il ristabilimento volontario della residenza nel Paese rispetto al quale sussisteva il timore di persecuzione. Una seconda causa di cessazione può invece essere legata al venir meno delle circostanze oggettive in seguito alle quali la

persona è stata riconosciuta rifugiato: gli elementi sui quali si basava il timore non sussistono più, cosicché la persona rifugiata non può continuare a rifiutare di avvalersi della protezione del Paese di cui ha la cittadinanza. Il venir meno dello *status* di rifugiato non implica tuttavia il ritorno automatico nel Paese d'origine, che deve comunque avvenire in sicurezza, con dignità e deve essere assistito. Le soluzioni di cessazione più auspicabili sono il rimpatrio volontario del rifugiato, l'integrazione definitiva del rifugiato nella comunità dello Stato (favorita dall'art. 34 della Convenzione) e il reinsediamento della persona in uno Stato terzo.

Alla luce della definizione di rifugiato, di cui si è detto sopra, emerge che né la Convenzione del 1951 né il Protocollo del 1967 prevedono una forma di tutela per i cosiddetti “sfollati”, meglio definiti con il termine inglese *displaced persons*. Essi non rientrano nella categoria dei rifugiati in quanto la loro migrazione non è la conseguenza di una persecuzione, individuale o collettiva, ma è stata provocata da eventi<sup>629</sup>, avvenuti nel proprio Paese di origine o di residenza abituale, la cui gravità ha generato la necessità di cercare protezione in un altro Paese. La problematica comune in questi casi è il fatto che lo Stato di origine (o di residenza abituale) non garantisce più protezione alla propria popolazione o a parte di essa, indipendentemente dal fatto che vi sia una volontà da parte dello Stato stesso<sup>630</sup>.

Nonostante la categoria delle *displaced persons* fosse inclusa nello Statuto dell'*International Refugee Organization* (IRO)<sup>631</sup>, profughi e sfollati erano inizialmente esclusi anche dall'UNHCR, il che privò di qualsiasi tutela i flussi migratori causati dalle guerre di decolonizzazione degli anni Sessanta<sup>632</sup>. Alcune disposizioni relative all'accoglienza dei profughi sono state inserite, a livello regionale, nella Convenzione dell'Organizzazione dell'unità africana (OUA), relativa

---

<sup>629</sup> Gli avvenimenti che possono causare la fuga di persone dal proprio Paese possono essere: il cambiamento violento del regime di governo o il venir meno di una qualsiasi forma di governo; lo scoppio di un conflitto armato di natura interna o internazionale; la presenza di forze ribelli su di una determinata porzione di territorio.

<sup>630</sup> Cfr. S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 10. Per un approfondimento sul tema, si rimanda a D. J. CANTOR, J.F. DURIEUX (eds.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Leiden-Boston, 2014; B. BURSON, D. J. CANTOR (eds.), *Human Rights and the Refugee Definition. Comparative Legal Practice and Theory*, Boston-Leiden, 2015; J. P. GAUCI, M. GIUFFRÉ, E. L. TSOURDI (eds.), *Exploring the Boundaries of Refugee Law. Current Protection Challenges*, Leiden-Boston, 2015.

<sup>631</sup> L'IRO fu istituita nel 1946 tramite risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite per far fronte al massiccio spostamento di profughi conseguente alla Seconda guerra mondiale. Nel 1952, al termine del suo mandato, fu sostituita dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati.

<sup>632</sup> *Ibidem*.

agli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa<sup>633</sup>, in cui si stabilisce che il termine “rifugiato” possa applicarsi anche a “ogni persona che, a causa di aggressione esterna, occupazione (...) è costretta a lasciare il proprio Paese di residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo al di fuori del proprio Paese di origine” (art. 1, par. 2).

Nel 1972, in occasione del rimpatrio di 150.000 sudanesi rifugiati nei Paesi vicini, l’Assemblea Generale, con la risoluzione 2958 (XXVII), ha fatto per la prima volta riferimento esplicito ai profughi, sebbene solo in relazione ad un gruppo specifico, i sudanesi appunto.

Bisogna attendere il 1975 perché l’Assemblea Generale, con la risoluzione 3455 (XXX)<sup>634</sup>, incarichi l’UNHCR di garantire una protezione minima anche alle *displaced persons*.

Un’ulteriore categoria di migranti, il cui status è difficilmente inquadrabile ai fini della protezione internazionale, è quello dei “profughi ambientali”. L’UNHCR e l’Organizzazione internazionale per le migrazioni hanno impiegato dal 1996 il termine “environmentally displaced persons” per indicare coloro che “hanno dovuto lasciare il proprio Paese o il luogo di residenza abituale e per i quali il degrado ambientale, il deterioramento o la distruzione sono le cause principali del loro spostamento, anche se non necessariamente le uniche”. Come emerge dalla definizione, le cause ambientali, per quanto predominanti, non rappresentano quasi mai l’unico motivo della migrazione, in quanto l’impatto della catastrofe naturale o industriale è diverso a seconda del contesto in cui avviene<sup>635</sup>.

Ancora una volta, venendo a mancare il timore di subire persecuzioni, la categoria dei profughi ambientali non trova applicazione nella Convenzione del 1951, ma in due strumenti regionali: la Convenzione OUA<sup>636</sup> e la Dichiarazione di Cartagena, adottata nel novembre 1984 dal Colloquio sulla protezione internazionale dei rifugiati in America Centrale, Messico e Panama, in occasione della crisi dei rifugiati allora in

---

<sup>633</sup> OUA Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa, adottata il 10 settembre 2009 ad Addis Abeba, entrata in vigore il 20 giugno 1974.

<sup>634</sup> UNGA ris. 3454 (XXX), 10 dicembre 1975, Humanitarian assistance to the Indo-Chinese displaced persons.

<sup>635</sup> UNHCR, IOM, MIGRATION & REFUGEE POLICY GROUP, Symposium, Environmental-Induced Population Displacement and Environmental Impacts Resulting from Mass Migration, 1996, reperibile sul sito di UNHCR ([www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)), traduzione a cura dell’autore.

<sup>636</sup> L’ art. 1, par. 2 della Convenzione OUA elenca “events seriously disturbing public order in either part or whole of his country of origin or nationality”, quali cause della fuga del rifugiato.

atto in America centrale<sup>637</sup>.

L'accertamento della qualità di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra spetta allo Stato contraente nel cui territorio si trova la persona nel momento in cui chiede il riconoscimento di status. Gli Stati, pur nel quadro giuridico della Convenzione, costruiscono la propria politica di asilo e agiscono in conformità con il sistema di diritto che si danno autonomamente. L'articolo 35 della Convenzione autorizza l'UNHCR a svolgere un ruolo di sorveglianza nei confronti dei Governi, invitandoli ad adottare procedure eque, rapide, flessibili e non restrittive in materia d'asilo. A tale proposito il Comitato esecutivo ha redatto una serie di linee guida, poi inserite nello *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*<sup>638</sup>, tra le quali emergono la valutazione individuale di ogni singola richiesta d'asilo e l'importanza di informare il richiedente del suo diritto di ricorrere all'appello davanti ad organi indipendenti.

Ritornando al principio di *non-refoulement*, ai sensi della Convenzione, gli obblighi di non respingimento hanno portata extraterritoriale, motivo per cui sono applicabili anche a beneficio di coloro che, pur avendo già abbandonato il proprio Paese d'origine, non abbiano ancora fatto tecnicamente ingresso nel territorio dello Stato di accoglienza<sup>639</sup>. Violazioni del *non refoulement* si configurano anche nel caso di non ammissione alla frontiera, così come ad ogni altra condotta che rischi di rinviare i rifugiati verso luoghi non sicuri, siano essi identificabili non soltanto con il Paese d'origine ma anche con qualsiasi altro Stato in cui abbia motivo di temere minacce per la propria vita o libertà per uno o più motivi tra quelli elencati in precedenza<sup>640</sup>.

L'art. 33 della Convenzione, tuttavia, presenta tre importanti lacune, che è necessario tenere in considerazione: *in primis*, esso non limita le politiche di controllo dei visti

---

<sup>637</sup> Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati, adottata dal Colloquio sulla protezione internazionale dei rifugiati in America Centrale, Messico e Panama: problemi giuridici e umanitari, Cartagena de Indias, 19-22 novembre 1984. La Dichiarazione di Cartagena, all' art. 3, ingloba nella definizione di rifugiati del sistema inter-americano coloro "who have fled their country because their lives, safety or freedom have been treated by (...) other circumstances which have seriously disturbed public order".

<sup>638</sup> *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Ginevra, gennaio 1992.

<sup>639</sup> Cfr. UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*, Ginevra, 26 gennaio 2007.

<sup>640</sup> Sul punto si vedano J. H. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, 2005, pp. 315-317; UNHCR in collaborazione con SPRAR, ASGI, ANCI, Ministero dell'Interno, *La tutela dei richiedenti asilo. Manuale giuridico per l'operatore*, in [www.serviziocentrale.it](http://www.serviziocentrale.it).

adottate dai Paesi di origine, o accordi interstatali che scoraggiano l'emigrazione, proprio in relazione al prerequisito secondo cui, per essere titolari di protezione, bisogna aver lasciato il proprio Paese di origine; in secondo luogo, l'art. 33, al par. 2, prevede l'esclusione dell'attribuzione dello *status* di rifugiato a coloro nei confronti dei quali "there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country".

Al di là della disposizione di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra, il principio del *non-refoulement* sembrerebbe essere oggi riconosciuto quale norma di diritto consuetudinario dalla comunità degli Stati<sup>641</sup>, come si rileva da diverse prese di posizione ufficiali dell'UNHCR e di altri organismi specializzati nella tutela dei diritti umani<sup>642</sup>. Tuttavia, tale asserzione non è condivisa da parte della dottrina, la quale rileva che, di fatto, gran parte degli Stati dell'Asia e del vicino Oriente si sono frequentemente opposti al fatto di ritenersi vincolati al rispetto di tale principio<sup>643</sup>.

Le tesi più recenti a sostegno del carattere consuetudinario del *non-refoulement*, poi, si basano sul fatto che tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite, tranne diciannove, sono parte di almeno un trattato che al suo interno fa riferimento al divieto di respingimento – oltre all'art. 33 della Convenzione di Ginevra, rilevano l'art. 3 della

---

<sup>641</sup> Sul punto si vedano, tra gli altri, A. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge, 2016, p. 218; G. GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23 n. 3, 2011, pp. 443-457.

<sup>642</sup> Si veda, ad esempio, la *Sanremo Declaration on the Principle of Non-Refoulement*, emessa dall'International Institute of Humanitarian Law di San Remo nel settembre 2001, in occasione del 50° anniversario della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato del 1951, nella quale si legge: "the principle of *non-refoulement* of refugees can be regarded as embodied in customary international law on the basis of the general practice of States supported by a strong *opinio juris*". Tale assunto sarebbe supportato dal fatto che "in the last half-century, no State has expelled or returned a refugee to the frontiers of a country where his life or freedom would be in danger – on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion – using the argument that *refoulement* is permissible under contemporary international law. Whenever *refoulement* occurred, it did so on the grounds that the person concerned was not a refugee (as the term is properly defined) or that a legitimate exception applied. As the International Court of Justice pointed out in a different context, in the 1986 Nicaragua Judgement, the application of a particular rule in the practice of States need not be perfect for customary international law to emerge: if a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, this confirms rather than weakens the rule as customary international law".

<sup>643</sup> Si veda K. HAILBRONNER, *Non-Refoulement and "Humanitarian Refugees": Customary International law or Wishful Legal Thinking?*, in D. MARTIN (eds.), *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s*, 1986, pp. 128-129.



Convenzione contro la tortura, gli art. 6 e 7 del Patto sui diritti civili e politici<sup>644</sup>, gli artt. 2 e 3 della CEDU e l'art. 4 del Protocollo 4 addizionale ad essa, sul quale si ritornerà nei successivi paragrafi, nonché gli artt. 4, 5 e 22 della Convenzione americana sui Diritti umani<sup>645</sup> – e pertanto è possibile concludere che esso possa essere considerato quale norma di diritto internazionale consuetudinario<sup>646</sup>. Tuttavia, a parere di alcuni autori e di chi scrive, il fatto che gran parte degli Stati abbia accettato sotto profili e casi differenti, poiché differenti sono gli strumenti giuridici a cui hanno aderito, il principio del non respingimento non porta automaticamente alla conclusione che il dovere di non respingere sia universalmente applicabile, e come tale riconosciuto dagli Stati. Inoltre, come anticipato, la natura degli obblighi imposti dal *non-refoulement* è a tal punto variabile che l'esistenza di un *opinio iuris* comune appare difficilmente affermabile<sup>647</sup>.

#### *4.3.1 Altre forme di protezione internazionale previste dal diritto dell'Unione europea*

Le lacune presenti nella Convenzione di Ginevra in relazione ai gruppi di persone che possono godere della protezione internazionale sono state risolte, almeno nell'ambito dell'Unione europea, da strumenti giuridici che hanno introdotto forme alternative di protezione. Il sistema di protezione internazionale dei richiedenti asilo nell'Unione europea, infatti, si articola in tre forme: a) la protezione temporanea, disciplinata dalla direttiva 2001/55/CE<sup>648</sup>; b) la protezione sussidiaria e c) lo status di rifugiato, entrambi previsti dalla direttiva 2004/83/CE.

La direttiva 2001/55/CE disciplina la protezione temporanea in caso di afflusso

---

<sup>644</sup> Il Patto sui diritti civili e politici non prevede, in realtà, una disposizione direttamente rivolta al divieto di respingimento, che invece si può ricondurre, in via indiretta, agli articoli 6 (diritto alla vita): “1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life”.

<sup>645</sup> Organization of American States, *American Convention on Human Rights* “Pact of San José, Costa Rica”, B-32. Anche nel caso della Convenzione americana, il divieto di respingimento si desume da altri articoli: art. 4 (diritto alla vita); art. 5 (diritto a un trattamento umano); e 22 (diritto di partire).

<sup>646</sup> Cfr. E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, in E. FELLER et. AL. (eds.), *Refugee Protection in International Law*, 2003, parr. 210 e 216.

<sup>647</sup> Cfr. J. H. HATHAWAY, *op. cit.*, v. sopra nota 640, p. 365.

<sup>648</sup> Direttiva 2001/55/CE del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in GUCE, L 212/12, del 7 agosto 2001.

massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi nei quali non possono farvi ritorno, a esclusione di coloro che abbiano commesso crimini di particolare gravità o atti contrari alle finalità delle Nazioni Unite (art. 28). Essa dura un anno ed è rinnovabile di un ulteriore anno; essa inoltre non pregiudica l'eventuale riconoscimento dello status di rifugiato secondo quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra (artt. 3 e 4). Nella protezione temporanea, gli Stati membri applicano il rispetto dei diritti umani e degli obblighi in materia di non respingimento (art. 3). Nei diritti riconosciuti ai protetti temporanei (artt. 8 - 16) rientrano il diritto ad un titolo di soggiorno, il diritto a ricevere informazioni in una lingua conosciuta, l'assistenza medica, il diritto ad accedere al mondo del lavoro e il diritto di lavorare, il diritto ad una sistemazione adeguata, il diritto all'istruzione e al ricongiungimento familiare. I protetti temporanei possono presentare domanda di asilo in qualunque momento presso lo Stato membro che abbia accettato il trasferimento della persona bisognosa di protezione internazionale nel proprio territorio. La protezione temporanea cessa al termine della durata massima oppure per decisione del Consiglio su proposta della Commissione e su richiesta dello Stato membro interessato, attraverso il rimpatrio verso lo Stato di origine dei protetti temporanei e nel rispetto dei diritti umani e degli obblighi in materia di non respingimento (art. 6).

La direttiva 2003/9/CE<sup>649</sup>, "accoglienza", stabilisce le norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, richiamando espressamente la Convenzione di Ginevra ed il suo Protocollo opzionale. Secondo l'art. 3 essa si rivolge a tutti i cittadini di Stati terzi e agli apolidi che presentano la propria domanda di asilo alla frontiera o sul territorio di uno Stato membro con l'autorizzazione a soggiornare in qualità di richiedenti asilo e, inoltre, si estende ai familiari se inclusi nella domanda di asilo. I diritti riconosciuti ai richiedenti asilo sono di ampio spettro: i) il diritto all'informazione entro un termine massimo di 15 giorni dopo la presentazione della domanda di asilo (art. 5); ii) il diritto al possesso di un documento che dimostri lo status di richiedente asilo e che autorizzi il richiedente asilo a soggiornare nel territorio dello Stato membro, entro tre giorni dalla presentazione della domanda di asilo (art. 6); iii) il diritto di residenza e di libera circolazione (art. 7); iv) il diritto a mantenere il proprio nucleo familiare (art. 8); v) il diritto all'istruzione dei minori (art. 10); vi) il

---

<sup>649</sup> Direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, in GUUE L 31/18, del 6 febbraio 2003.

diritto ad accedere al mercato del lavoro (art. 11); vii) diritto ad una formazione professionale (art. 12); viii) il diritto all'accoglienza e all'assistenza sanitaria (artt. 13-15); ix) il diritto a ricorrere in caso di diniego dello status (art. 21). Inoltre la direttiva "accoglienza" prevede disposizioni particolari per categorie vulnerabili quali minori, minori non accompagnati, disabili, anziani, donne in gravidanza, genitori singoli con figli minori, vittime di tortura.

La direttiva 2004/83/CE<sup>650</sup>, "qualifiche", ha quale scopo principale quello di assicurare che tutti gli Stati membri adottino criteri comuni nell'esame di una domanda di asilo al fine di garantire un livello minimo di standard riconosciuti ai richiedenti asilo in tutti gli Stati dell'Unione<sup>651</sup>. Pertanto essa stabilisce un insieme di norme minime sull'attribuzione applicabili a cittadini di Paesi terzi, apolidi o ad altra persona bisognosa di protezione internazionale. La direttiva "qualifiche" riprende la Convenzione di Ginevra in generale e, in particolare, per quanto concerne l'elenco dei "requisiti" per essere considerato rifugiato (artt. 10 e 11) in modo del tutto coerente. L'art. 11 enumera le cause di cessazione dello status di rifugiato, che sono sottoposte a due condizioni, in quanto il cambiamento di circostanze deve essere significativo e non temporaneo, tra le quali: a) se la persona decida di avvalersi di nuovo della protezione dello Stato di cittadinanza oppure b) se avendo persa la cittadinanza, la abbia riacquistata in modo volontario; c) se abbia acquistato una nuova cittadinanza e goda della protezione del Paese di nuova cittadinanza; d) se si sia ristabilita volontariamente nello Stato di origine; e) se non possa più rinunciare alla protezione del Paese di cui ha la cittadinanza, in quanto sono cessate le circostanze che hanno condotto al riconoscimento dello status; f) in caso di persona apolide e cessate le circostanze per il riconoscimento dello status<sup>652</sup>, se sia in grado di tornare nel Paese

---

<sup>650</sup> Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE L 304/12 del 30 settembre 2004.

<sup>651</sup> Sul punto si veda B. NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea di asilo*, in *Ispi Working Paper*, n. 25, giugno 2008, reperibile su *ispionline.it*.

<sup>652</sup> Per quanto concerne la verifica del cambiamento delle circostanze nel Paese di origine del rifugiato, la Corte di giustizia nel caso *Aydin Salahadin Abdulla and others v. Bundesrepublik Deutschland* (Court of Justice, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010 - Aydin Salahadin Abdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08), Dler Jamal (C-179/08) v Bundesrepublik Deutschland, Joined Cases C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08) ha affermato che lo Stato membro dovrà accertare che le autorità nazionali competenti dello Stato di origine del rifugiato abbiano adottato i mezzi necessari a prevenire la persecuzione, in quanto operanti in un sistema legale efficace per la scoperta, la perseguibilità e la sanzione di atti che costituiscono

dove era residente abituale. Inoltre, Qualora, in applicazione dell'art. 11 lett. e), le autorità dello Stato intendano ritirare all'individuo lo status, dalle stesse riconosciuto, cessate le cause che avevano condotto a tale riconoscimento ed insorte nuove cause di persecuzione (distinte da quelle fondanti per il riconoscimento dello status), l'individuo in questione potrà invocare l'applicazione dell'art. 4, par. 4<sup>653</sup>.

Per quanto concerne l'esclusione dalla protezione, l'art. 12 introduce vari criteri, tra i quali rilevano, in particolare, la commissione di un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nonché la commissione, al di fuori del Paese di accoglienza, di un reato grave di diritto comune prima di essere riconosciuto rifugiato oppure di un atto particolarmente crudele, con un obiettivo politico dichiarato, che rientri nella fattispecie di reato grave di diritto comune ed infine la commissione di un atto contrario alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite.

Di particolare rilievo è il fatto che la direttiva “qualifiche” introduce oltre alla protezione che discende dal riconoscimento dello status di rifugiato (art. 13), la protezione sussidiaria (artt. 15-17) che può essere riconosciuta alla persona che sia destinataria di condanna a morte o che sia vittima di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti o che abbia ricevuto una minaccia grave e individuale “derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”. Sebbene l'art. 15, ai par. b) e c)<sup>654</sup>, presenti delle similitudini con l'art. 3 CEDU, la Corte di Giustizia, nell'esprimersi sul caso *M. Elgafaji, N. Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*<sup>655</sup> ha interpretato l'art. 15, in combinato con l'art. 2 lett. e)<sup>656</sup> nel senso

---

persecuzione e che perciò l'individuo in questione beneficerà della protezione necessaria, qualora cessi di avere lo status di rifugiato. Pertanto i responsabili della protezione possono includere anche organizzazioni che abbiano il controllo sul territorio dello Stato o su una porzione significativa dello stesso, nonché forze multinazionali presenti nel territorio di tale Stato.

<sup>653</sup> L'art. 4 (4) della direttiva 2004/83/CE stabilisce: “Il fatto che un richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di siffatte persecuzioni o danni costituisce un serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi, a meno che vi siano buoni motivi per ritenere che tali persecuzioni o danni gravi non si ripeteranno.”

<sup>654</sup> L'art. 15 della direttiva “qualifiche” stabilisce che sono considerati danni gravi: “b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”.

<sup>655</sup> Court of Justice, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 February 2009 - *M. Elgafaji, N. Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie*, Case C-465/07.

<sup>656</sup> L'art. 2 (e) della direttiva 2004/83/CE afferma: “e) «persona ammissibile alla protezione sussidiaria»: cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di

che: a) l'esistenza di una minaccia seria e individuale alla vita del richiedente protezione sussidiaria non è soggetta alla condizione che lo stesso debba addurre prove di essere espressamente oggetto di minaccia a causa di fattori inerenti alle proprie condizioni personali; b) l'esistenza di un'eventuale minaccia può essere in via eccezionale considerata al fine di stabilire che il grado di violenza indiscriminata che caratterizza un conflitto armato in atto – accertato dalle autorità nazionali competenti prima che la domanda di protezione sussidiaria sia stata presentata o accertato dai tribunali dello Stato membro al quale la decisione negativa in merito a tale domanda può essere attribuita – abbia raggiunto un livello tale per il quale vi sono motivi sostanziali di ritenere che il richiedente protezione, se rimpatriato nello Stato in questione o, come nel caso di specie nella regione di tale Stato, potrebbe, per la sua sola presenza sul territorio dello Stato o della regione, subire un rischio reale di minaccia alla vita e alla sua incolumità. Pertanto in questo secondo caso, il carattere eccezionale della minaccia che può costituire un rischio reale per la integrità del richiedente concorre ad ampliare il margine di apprezzamento della protezione offerta dall'ordinamento dell'Unione europea in quanto si estende a rischi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla Convenzione di Ginevra e dalla Convenzione europea<sup>657</sup>.

La direttiva “qualifiche”, poi, assume particolare importanza in quanto richiama espressamente all'art. 21 il principio di *non-refoulement*. Infatti tale articolo sancisce il rispetto del principio in esame in conformità degli obblighi stabiliti dalla Convenzione del 1951. Pertanto gli Stati membri dell'Unione potranno respingere un rifugiato, “formalmente riconosciuto o meno” qualora vi siano ragionevoli motivi di ritenerlo un pericolo per la sicurezza dello Stato membro nel quale si trova oppure qualora se, con sentenza passata in giudicato, egli costituisca un pericolo per la comunità dello Stato membro in questione. In presenza di queste due condizioni gli Stati membri hanno la facoltà di revocare/cessare/rifiutare il rinnovo o il rilascio del permesso di soggiorno.

I diritti che la direttiva “qualifiche” accorda ai titolari di protezione internazionale sono molteplici: oltre al diritto all'informazione (art. 22), rilevano il diritto al mantenimento

---

origine, o, nel caso di apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'articolo 15, e al quale non si applica l'art. 17, paragrafi 1 e 2, il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese”.

<sup>657</sup> Cfr. A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc. 3, 2009, p. 686.

dell'unità del nucleo familiare (art. 23), il diritto al permesso di soggiorno (art. 24), il diritto ad un documento di viaggio (art. 25), il diritto di accesso all'occupazione e all'istruzione (artt. 26 e 27), il diritto all'assistenza sociale (art. 28), il diritto all'assistenza sanitaria (art. 29), il diritto ad una sistemazione adeguata (art. 31), il diritto alla libera circolazione nel territorio dello Stato membro (art. 32), il diritto di accesso agli strumenti di integrazione (art. 33) ed infine il diritto di rimpatrio (art. 34). Una menzione a parte, poi, merita il c.d. “sistema Dublino”, che trae le origini dalla Convenzione di Dublino del 1990<sup>658</sup>. Tale Convenzione fu adottata allo scopo di determinare lo Stato membro dell'Unione Europea addetto all'esame delle domande d'asilo e al riconoscimento dello status di rifugiato, mettendo così un freno ai fenomeni dell'*asylum shopping*, ossia la contemporanea domanda di asilo in più Stati, e dei c.d. “immigrati in orbita”, ovvero di coloro che vengono trasportati da uno Stato a un altro in attesa di un provvedimento adeguato. Il 18 febbraio 2003 la Convenzione fu sostituita dal Regolamento (CE) n. 343/2003<sup>141</sup> (meglio noto come Regolamento Dublino II), il quale definì “i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo”. Gli scopi del Regolamento seguono la linea della precedente Convenzione e in particolare, per quanto riguarda la limitazione dell'*asylum shopping*, vengono introdotte alcune novità in termini di procedure per il trattamento della domanda stessa e delle garanzie per il mantenimento dell'unità della famiglia del richiedente. Tra queste si cita, in quanto notevole passo avanti rispetto alla Convenzione, la “clausola umanitaria” (art.15), la quale stabilisce che “qualsiasi Stato membro può, pur non essendo competente in applicazione dei criteri definiti dal presente regolamento, procedere al ricongiungimento dei membri di una stessa famiglia nonché di altri parenti a carico, per ragioni umanitarie, fondate in particolare su motivi familiari o culturali. In tal caso detto Stato membro esamina, su richiesta di un altro Stato membro, la domanda di asilo dell'interessato”. Se da un lato l'articolo 15 agisce in favore della causa umanitaria, dall'altro vi sono disposizioni che, rispetto alla Convenzione, vanno a detrimento del richiedente, primo tra tutti l'art. 3, par. 2, secondo il quale “se uno Stato membro diverso da quello a cui spetterebbe l'esame decide di esaminare la richiesta non è necessario a tal fine il consenso dell'interessato”.

---

<sup>658</sup> “Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee, 97/C 241/01, in GUCE N. C254/1, del 19 agosto 1997.

E ancora all'art.18, par. 4: "il requisito della prova non dovrebbe andare oltre quanto necessario ai fini della corretta applicazione del presente regolamento". Questo implica un sensibile alleggerimento del livello di prove richiesto per la definizione dello Stato competente ad esaminare la domanda, a cui si aggiunge l'aggravante che, a differenza di quanto espresso nel preambolo della Convenzione del 1990, il Regolamento non offre alcuna garanzia che la domanda d'asilo del richiedente sia effettivamente esaminata da uno Stato membro. Il 26 giugno 2013 il Regolamento Dublino II fu a sua volta sostituito dal Regolamento (UE) n. 604/2013, noto come Dublino III, il quale si basa essenzialmente sui principi del precedente Regolamento e dell'ancor antecedente Convenzione. Alcune modifiche degne di nota riguardano: l'obbligo di considerare sempre l'interesse superiore del minore; il divieto esplicito di trasferire un richiedente qualora vi sia il fondato rischio che possa subire trattamenti inumani o degradanti; obbligo di fornire più informazioni ai richiedenti e condurre un colloquio personale con gli stessi; possibilità di ricorso contro una decisione di trasferimento; introduzione di limiti, anche temporali, al trattenimento delle persone soggette alla procedura Dublino; obbligo per gli Stati, prima di un trasferimento, di scambiarsi dati, anche sanitari, sui richiedenti; introduzione di un "meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi" in caso di rischio di speciale pressione sul sistema di asilo di un Paese e/o in caso di problemi nel funzionamento dello stesso.

Ad oggi permangono ancora svariate criticità circa l'equa ripartizione dei richiedenti asilo all'interno degli Stati membri dell'Unione, pertanto è ancora in corso la lunga fase di negoziazione che dovrebbe portare all'adozione del regolamento Dublino IV<sup>659</sup>.

#### *4.3.2 Il divieto di respingimento ai sensi dell'art. 3 della Convenzione contro la tortura*

Il principio del *non-refoulement* è espressamente previsto all'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura, che, al par. 1, recita: "No State Party shall expel, return ('refouler') or extradite a person to another State where there are substantial

---

<sup>659</sup> Per un approfondimento sul tema, si rimanda a C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo d'asilo*, in *Questione giustizia*, n. 2/2018, reperibile su [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it); P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?*, in *Eurojus.it*, 7 settembre 2016; M. DI FILIPPO, *The allocation of competence in asylum procedures under EU law: the need to take the Dublin bull by the horns*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 59(2018), pp. 41-95.

grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture”. Tale previsione, unitamente alla possibilità di ricorso individuale davanti al Comitato contro la Tortura (art. 22 CAT), costituisce un valido strumento complementare alla protezione dal divieto di *refoulement* anche nel caso di trasferimenti forzosi individuali<sup>660</sup>. Il meccanismo del ricorso individuale previsto dall’art. 22<sup>661</sup>, infatti, è suscettibile di essere utilizzato anche dal richiedente asilo, nonché dai suoi parenti ed eventualmente da suoi rappresentanti<sup>662</sup>, contro lo Stato nel quale teme di essere perseguitato, ma anche contro lo Stato che intenda estradarlo o espellerlo verso quest’ultimo: tuttavia si ricorda che tale facoltà è subordinata alla ratifica da parte dello Stato in questione della Convenzione, nonché alla espressa dichiarazione di accettazione della competenza del Comitato, istituito dalla stessa Convenzione.

Il divieto di *refoulement* previsto da tale Convenzione non incontra i limiti previsti dalla Convenzione di Ginevra né all’art. 1 A (2) né all’art. 33 par. 2. Infatti l’art. 1 A (2), come visto, riconduce il timore fondato di essere perseguitati alle origini etniche, alla religione, alla nazionalità, all’appartenenza ad un gruppo sociale o ad opinioni politiche. Mentre la protezione accordata dall’art. 3 della Convenzione contro la tortura non richiede la presenza di tali condizioni per vedersi garantito il principio di *non-refoulement*<sup>663</sup>.

Un’altra importante differenza tra le due Convenzioni in esame, che influenza anche l’effettiva applicazione, consiste nella mancanza nella Convenzione di Ginevra di un organo di controllo, che svolga sia la funzione ausiliaria di interpretazione della

---

<sup>660</sup> Sul punto si veda J. MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, pp. 111-112.

<sup>661</sup> L’art. 22 par. 1 della Convenzione delle Nazioni contro la Tortura afferma: “A State Party to this Convention may at any time declare under this article that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by a State Party of the provisions of the Convention. No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party to the Convention which has not made such a declaration”.

<sup>662</sup> Sul punto si veda H. LAMBERT, *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 515-545 (525): “[A]rticle 22 of the Torture Convention explicitly provides for communications to be submitted not only by individual alleged victim but also by relatives, designated representatives (e.g. NGOs) or «others on behalf of an alleged victim when it appears that the victim is unable to submit the communication himself, and the author of the communication justifies his acting on the victim’s behalf».”

<sup>663</sup> Sul punto si veda P. FRESHWATER, *The Obligation of Non – refoulement under the Convention Against Torture: When Has a Foreign Government Acquiesced in the Torture of Its Citizens?*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19, 2005, n. 4, pp. 585-608.



Convenzione di Ginevra e del suo Protocollo – a tale scopo si ricorda l’art. 38<sup>664</sup> della Convenzione che sottopone la soluzione di ogni eventuale controversia in merito all’interpretazione o applicazione della stessa alla Corte Internazionale di Giustizia – sia la funzione di controllo nell’applicazione della stessa attraverso procedure di ricorso individuali e statali, nonché l’esame di rapporti annuali. Infatti la Convenzione contro la Tortura prevede l’istituzione di un Comitato contro la Tortura<sup>665</sup> con il compito di sorvegliarne l’applicazione della stessa e la tutela dei diritti da essa garantiti.

Con riferimento specifico al divieto di respingimento ai sensi della Convenzione, il Comitato contro la Tortura, in data 9 febbraio 2018, ha pubblicato il General Comment n. 4 sull’attuazione dell’articolo 3 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984 nel contesto dell’articolo 22<sup>666</sup>. In particolare, le nuove Osservazioni generali, che sostituiscono il General Comment n. 1 del 1997<sup>667</sup>, puntano a tracciare delle linee guida tenendo conto dell’obbligo di non-refoulement e della sua applicazione in contesti come quelli attuali in cui aumentano i flussi migratori con un connesso incremento delle richieste di asilo e un aumento dei rischi per i richiedenti. Prima di tutto, il Comitato ha precisato la nozione di deportazione ai sensi di quanto stabilito dall’articolo 3 il quale dispone che nessuno Stato possa espellere o respingere una persona di un altro Stato in cui vi siano gravi motivi di credere che essa rischierebbe di essere sottoposto a tortura, precisando altresì gli obblighi delle autorità nazionali per determinare la sussistenza di motivi di rischio. Il Comitato, anche alla luce della prassi relativa alle comunicazioni

---

<sup>664</sup> D. WEISSBRODT, I. HÖRTREITER, *The Principle of Non-refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 5, 1999, p. 1.

<sup>665</sup> L’art. 17 par. 1 della Convenzione contro la Tortura afferma: “There shall be established a Committee against Torture (hereinafter referred to as the Committee) which shall carry out the functions hereinafter provided. The Committee shall consist of 10 experts of high moral standing and recognized competence in the field of human rights, who shall serve in their personal capacity. The experts shall be elected by the States Parties, consideration being given to equitable geographical distribution and to the usefulness of the participation of some persons having legal experience”.

<sup>666</sup> UN Committee against Torture, “General Comment n. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, Sixty-second Session, 6 November-6 December 2017”.

<sup>667</sup> UN Committee against Torture: “General Comment No. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications)”, Sixteenth Session, 21 November 1997, A/53/44, annex IX.

individuali, ha sottolineato che il divieto di *refoulement* ha carattere assoluto al pari del divieto di tortura. Pertanto, gli Stati hanno l'obbligo di procedere a esami individuali e di assicurare ai richiedenti le garanzie proprie di un procedimento equo, prevedendo il diritto di appello avverso le decisioni negative. Il Comitato pone un freno, inoltre, alla pratica che dà per buone le assicurazioni dello Stato di provenienza perché queste non possono intaccare l'obbligo di rispettare il principio di non *refoulement* collegato all'obbligo di esami individuali. Essenziale, poi, che le autorità nazionali competenti a decidere sulle richieste di asilo considerino che i richiedenti possano essere vittime di stress post traumatico (PTSD) e, quindi, restie a divulgare particolari sulla propria situazione e sulle torture subite: è necessario, quindi, che l'esame dei singoli casi venga svolto senza parametri di credibilità precostituiti. Bocciati, poi, i cosiddetti "internal flight alternative" ossia la deportazione di una persona vittima di tortura in un'area dello Stato che, a differenza di altre, non dovrebbe far correre il rischio di persecuzioni. Questa, scrive il Comitato, è una pratica non affidabile e non in grado di garantire gli obblighi fissati dalla Convenzione. Il Comitato ha individuato alcune misure preventive per assicurare il pieno rispetto dell'obbligo di non respingimento e ha analizzato anche gli aspetti legati all'estradizione.

#### *4.3.3 Il divieto di refoulement e di espulsioni collettive nella giurisprudenza della Corte EDU*

La giurisprudenza della Corte EDU ha individuato nella pratica di respingere gli stranieri verso paesi in cui rischierebbero di subire tortura o reale pregiudizio per la propria vita una violazione dell'art. 2 e 3 CEDU, che prevedono, rispettivamente, il diritto alla vita e il divieto di tortura o trattamenti inumani e degradanti<sup>668</sup>. Un rafforzamento al principio di *non-refoulement* all'interno del sistema CEDU si è poi avuto con l'introduzione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 addizionale alla Convenzione<sup>669</sup>, che espressamente vieta le espulsioni collettive: "collective expulsion of aliens are prohibited".

---

<sup>668</sup> Art. 3 CEDU: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."

<sup>669</sup> Council of Europe, "Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto", European Treaty Series No. 46, Strasburgo, 16 settembre 1963.

Il primo caso di protezione indiretta dello straniero sulla base delle norme della Convenzione risale al 1989, con il caso *Soering c. Regno Unito*<sup>670</sup> in cui la Corte EDU doveva decidere in merito a un procedimento di estradizione verso gli Stati Uniti nei confronti di un cittadino tedesco in Inghilterra. In tale occasione la Corte ha stabilito che, se sussistono serie ragioni per sostenere che lo straniero possa essere sottoposto, nello Stato in cui verrebbe estradato, a tortura o altri trattamenti inumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 CEDU lo Stato non può adottare provvedimenti di allontanamento. Questa sentenza rappresenta un precedente che è stato utilizzato in seguito dalla Corte anche per quanto riguarda l'espulsione di migranti giunti irregolarmente sul territorio di uno Stato aderente alla Convenzione<sup>671</sup>, nel rispetto del principio di non respingimento.

La nozione di protezione dello straniero dal rischio di condotte contrarie all'art. 3 è stata poi interpretata in maniera estensiva dalla Corte ed essa riguarda, oltre alla protezione dagli atti che possono provenire dalle autorità pubbliche del Paese terzo, anche una tutela da atti posti in essere da fazioni politiche in lotta. La Corte ritiene contrarie all'art. 3 anche le espulsioni in caso di malattie che non potrebbero essere adeguatamente curate nel Paese di destinazione, come testimoniano due sentenze, *D. c. Regno Unito* del 1997 e *B.B. c. Francia* del 1998<sup>672</sup>, in cui la Corte ha ritenuto che sugli Stati in questione ricadesse l'obbligo di non espellere nei rispettivi Paesi d'origine due cittadini stranieri affetti dal virus dell'AIDS.

La Corte EDU ha inoltre rafforzato, attraverso la sentenza *Conka c. Belgio* del 2002<sup>673</sup>, il principio del non respingimento stabilendo una serie di garanzie procedurali a tutela dello straniero, tra cui il diritto ad un ricorso effettivo, come previsto dall'art. 13 della Convenzione<sup>674</sup>. Nella stessa sentenza, essa è intervenuta anche sul tempo a disposizione di uno straniero irregolare per presentare domanda di asilo prima che sia

---

<sup>670</sup> Corte EDU, Grande Camera, ric. n. 14038/88, sent. Del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*.

<sup>671</sup> Corte EDU, *Cruz Varas e a. c. Svezia*, ricorso n. 15576/89, sentenza del 20 marzo 1991. Questo caso, che ha aperto la strada a successive sentenze in materia, riguardava l'ingresso illegale in Svezia di un cittadino cileno, oppositore in patria del regime del Generale Pinochet. Varas, dopo aver subito arresti e persecuzioni nel proprio Paese, era riparato illegalmente in Svezia, dove aveva chiesto asilo politico. La Svezia aveva però negato il diritto d'asilo e richiesto una procedura di espulsione nei suoi confronti.

<sup>672</sup> Corte EDU, *D. c. Regno Unito*, ricorso n. 30240/96, sentenza del 2 maggio 1997; Corte EDU, *B.B. c. Francia*, sentenza del 7 settembre 1998.

<sup>673</sup> Corte EDU, *Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/02, sentenza del 5 febbraio 2002.

<sup>674</sup> Art. 13 della Convenzione: "Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity".

adottata una procedura di espulsione nei suoi confronti, ritenendo che un termine troppo breve rappresenti una violazione del già citato art. 13. In tema di equo processo, invece, nella sentenza *Hermi c. Italia* del 2005<sup>675</sup> la Corte, appellandosi all'art. 6 della Convenzione<sup>676</sup>, ha condannato l'Italia per non aver permesso ad un cittadino tunisino di assistere ad un processo che lo riguardava, nonostante la dichiarata volontà di quest'ultimo di prendervi parte. Bisogna tuttavia tenere presente che, in termini generali, in base al Protocollo n. 7 della Convenzione, sono previste garanzie procedurali in caso di espulsione soltanto per lo straniero regolarmente residente sul territorio.

Il precedente giurisprudenziale maggiormente rilevante ai fini del presente lavoro, e sul quale si ritornerà sotto altri profili nei successivi paragrafi, è la sentenza sul caso *Hirsi Jamaa e al. c. Italia*<sup>677</sup>, che riguardava il respingimento verso la Libia, ordinato dal Governo italiano il 6 maggio 2009, di una nave trasportante 227 migranti – tra i quali vi erano cittadini di Nigeria, Ghana, Gambia, Costa d'Avorio, Somalia e Mali, di cui tre donne incinte – intercettata a 35 miglia a sud di Lampedusa. A seguito di tale avvenimento, undici cittadini somali e tredici eritrei, parte dei duecento respinti, presentarono ricorso alla Corte EDU, in applicazione dell'art. 34 CEDU<sup>678</sup>, che consente la presentazione di ricorsi individuali da parte di qualunque persona ritenga di essere vittima di una violazione da parte di uno degli Stati contraenti della Convenzione. Essi sostenevano in particolare che il loro trasferimento verso la Libia da parte delle autorità italiane avesse violato l'art. 3 della Convenzione e 4 del Protocollo n. 4<sup>679</sup>, e denunciavano l'assenza di un ricorso conforme all'art. 13 della Convenzione.

---

<sup>675</sup> Corte EDU, *Hermi c. Italia*, ricorso n. 18114/02, sentenza del 28 giugno 2005.

<sup>676</sup> Art. 6, della Convenzione relativo al diritto ad un equo processo: “any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice” (par. 1).

<sup>677</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, Strasburgo, 23 febbraio 2012.

<sup>678</sup> Art. 34 CEDU: “The Court may receive applications from any person, non- governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right”.

<sup>679</sup> Art. 4 Protocollo 4 CEDU: “Collective expulsions of aliens are prohibited”.

La Corte ha dovuto analizzare il rispetto o la violazione dell'articolo 3 da parte dell'Italia sotto due diversi aspetti: il rischio corso dai ricorrenti di subire trattamenti inumani o degradanti in Libia e quello di essere rimpatriati in Somalia ed Eritrea<sup>680</sup>.

Per quanto riguarda il primo aspetto, i ricorrenti sostennero di essere stati vittime di un respingimento arbitrario e di non aver avuto la possibilità di opporsi al proprio rinvio in Libia né di chiedere tutela internazionale alle autorità italiane, nemmeno dopo aver espresso esplicitamente la volontà di non essere consegnati alle autorità libiche. Quanto riferito da somali ed eritrei fu confermato dai rapporti emessi da UNHCR, *Human Rights Watch* e dal CPT. Il Governo italiano, d'altra parte, sosteneva che il trasferimento dei profughi in Libia fosse avvenuto in virtù degli accordi bilaterali di cooperazione tra i due Paesi, sui quali si ritornerà a breve, e che quanto accaduto il 6 maggio rientrasse nelle operazioni di salvataggio in alto mare conformi al diritto internazionale, per le quali non è richiesta alcuna identificazione degli interessati. Il Governo aggiungeva inoltre che, durante il trasferimento in Libia, i ricorrenti non avevano mai manifestato l'intenzione di richiedere asilo politico o di accedere ad una qualsivoglia forma di protezione internazionale, cosa peraltro non necessaria agli occhi dell'Italia, che ribadì più volte di ritenere la Libia un luogo sicuro. Alla luce dei molteplici rapporti emessi dalle organizzazioni internazionali circa le condizioni ed il trattamento riservati ai profughi in Libia, la Corte respinse la tesi dell'Italia che considerava la Libia un Paese sicuro e sottolineò che "l'esistenza di testi interni e la ratifica di trattati internazionali che sanciscono il rispetto dei diritti fondamentali non sono sufficienti, da soli, a garantire un'adeguata tutela dal rischio di maltrattamenti quando, come nella fattispecie, fonti affidabili rappresentino prassi delle autorità – o da queste tollerate – manifestamente contrarie ai principi della Convenzione" (par. 128). La Corte ribadì, inoltre, come la mera previsione formale di un obbligo di tutela dei diritti fondamentali in capo ad un altro Stato non valesse ad escludere la responsabilità di uno Stato contraente ai sensi della CEDU, quando sussistono elementi sufficienti per mettere in discussione la veridicità di tali presupposti.

Nel caso in esame, in particolare, numerosi rapporti provenienti da fonti affidabili, tra cui UNHCR, *Human Rights Watch* e *Amnesty International*, illustravano in modo

---

<sup>680</sup> Si ricorda a tal proposito che degli immigrati in partenza dal porto di Tripoli solo una minima parte è composta da libici. La Libia è la prima destinazione di profughi provenienti dai Paesi dell'Africa centrale e Occidentale e il punto nevralgico per la criminalità organizzata internazionale in materia di immigrazione clandestina.

particolareggiato il trattamento riservato ai migranti in Libia, che contraddiceva gli impegni assunti sia a livello bilaterale che multilaterale. Le autorità italiane, innegabilmente a conoscenza dei fatti e delle circostanze, avevano deliberatamente esposto gli stranieri a un trattamento chiaramente negato dalla Convenzione. L'Italia non poteva, dunque, fare riferimento ai trattati bilaterali con la Libia come giustificazione dell'inadempienza degli obblighi previsti dalla CEDU<sup>681</sup>.

Rispetto all'ipotesi espressa dai ricorrenti di essere rimpatriati nel proprio Paese di origine, la Corte stabilì che fosse compito dello Stato che procede al respingimento doversi assicurare che il Paese "intermedio" offra garanzie sufficienti che permettano di evitare che la persona interessata venga espulsa verso il suo Paese di origine senza valutare il rischio a cui andrebbe incontro.

Nel caso in esame, considerate le gravi violazioni dei diritti umani registrate da UNHCR e *Human Rights Watch* in Somalia ed Eritrea e ricordando le proprie considerazioni, la Corte ritenne che, al momento di trasferire i ricorrenti verso la Libia, le autorità italiane sapessero o avrebbero dovuto sapere che non vi erano garanzie sufficienti a tutelare gli interessati dal rischio di essere rinviiati arbitrariamente nei propri Paesi di origine. Ribadì, inoltre, che l'Italia non poteva ritenersi dispensata dal dovere di rispettare l'art. 3 CEDU solo per il fatto che i ricorrenti avessero ommesso di richiedere asilo o di esporre i rischi a cui andavano incontro, primo tra tutti l'assenza di un sistema d'asilo in Libia.

Nell'esprimere un parere negativo contro le scusanti addotte dall'Italia, la Corte richiamò la propria giurisprudenza, in particolare la sentenza *M. S. S. c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011, in occasione della quale la Corte EDU aveva accolto il ricorso di un cittadino afgano che, fuggito dal proprio Paese d'origine per sottrarsi alle possibili ritorsioni da parte del regime talebano, aveva chiesto asilo in Belgio, dopo essere entrato in Europa dalla Grecia. Le autorità belghe, in applicazione del Regolamento Dublino II, avevano chiesto che fosse la Grecia – il primo Paese in cui era arrivato – a occuparsi della richiesta di asilo, e a tale scopo avevano trasferito il ricorrente in un centro di detenzione greco. Nel ricorso M.S.S. asseriva che le condizioni della sua reclusione in pendenza della richiesta di asilo erano state tali da violare il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della CEDU.

---

<sup>681</sup> Cfr. A. DI PASCALE, *La sentenza Hirsi e altri c. l'Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, n. 1, p. 85 e ss.

Lamentava inoltre che l'ordinamento greco gli negava il diritto a un rimedio effettivo (art. 13 CEDU) contro lo stato di detenzione, nonché contro l'eventuale rigetto della richiesta di asilo, che avrebbe comportato il respingimento (*refoulement*) verso un Paese in cui la sua incolumità sarebbe stata a rischio. Il ricorso era diretto anche contro il Belgio, responsabile per avere trasferito M.S.S. nonostante la normativa greca in materia di rifugiati e le pratiche attuative da parte delle strutture incaricate greche fossero insufficienti a garantire i diritti fondamentali delle persone interessate. In quell'occasione la Corte ha stabilito che, sebbene la Grecia avesse aderito alla Convenzione di Ginevra del 1951, il rispetto delle norme di trattamento dei richiedenti asilo da parte delle autorità greche era deficitario e in parte lesivo dei diritti dei migranti. Per quanto riguardava il Belgio, invece, i giudici europei hanno ritenuto che le carenze del sistema di asilo greco fossero note, o che comunque avrebbero dovuto essere note, alle autorità belghe e hanno, pertanto, escluso che il ricorrente avesse l'onere di provare al di là di ogni ragionevole dubbio l'esistenza del pericolo che, una volta giunto in Grecia, le autorità di quel paese lo espellessero in Afghanistan in violazione dell'art. 3 CEDU.

Tornando al caso *Hirsi*, i ricorrenti denunciarono anche la violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 della Convenzione, relativo al divieto di espulsioni collettive, sebbene, come evidenziato dal Governo italiano, la garanzia di tale disposizione entri in gioco solo in caso di persone che si trovano sul territorio di uno stato o che hanno attraversato illegalmente la frontiera nazionale.

In occasione della sentenza in oggetto, la Corte si è trovata per la prima volta a dover analizzare un caso di espulsione collettiva di stranieri, allontanati verso uno Stato terzo, ma che non fossero mai entrati all'interno dei confini nazionali. La Corte ha preso in considerazione l'ostacolo logico posto dal Governo e ha osservato che il summenzionato art. 4, Protocollo 4 indica con la nozione di "espulsione collettiva" qualsiasi misura dell'autorità competente che disponga l'allontanamento di un gruppo di stranieri dal territorio nazionale, non adottata a seguito e sulla base di un esame ragionevole ed obiettivo della situazione particolare di ciascun individuo. Inoltre l'art. 4 di fatto non contiene alcun riferimento alla nozione di "territorio", pertanto non vi sono ragioni di escluderne l'applicazione extraterritoriale. Dal momento che, come descritto in precedenza, la Corte ha riconosciuto la giurisdizione extraterritoriale dell'Italia sugli avvenimenti in esame, in relazione all'art. 1 della Convenzione, è possibile attribuire valenza extraterritoriale anche al concetto di "espulsione".

La Corte, inoltre, considerò che, alla luce degli avvenimenti che già allora si verificavano nell'ambito dei flussi migratori, se l'articolo 4 dovesse applicarsi soltanto alle espulsioni collettive eseguite a partire dal territorio nazionale degli Stati parte alla Convenzione, una parte importante dei fenomeni migratori contemporanei verrebbe sottratta a tale disposizione, mettendo a rischio la vita di un sempre più elevato numero di persone. Una volta verificata l'applicabilità dell'art. 4 alla fattispecie in esame, la Corte ha constatato che il trasferimento dei ricorrenti verso la Libia era stato eseguito in assenza di qualsiasi forma di esame della situazione individuale di ciascun ricorrente. Come ammesso dalle stesse autorità italiane, i ricorrenti non furono sottoposti ad alcuna procedura di identificazione, in quanto il personale a bordo delle navi non aveva la formazione necessaria per condurre colloqui individuali e non era assistito da interpreti e consulenti giuridici. La Corte concluse, pertanto, che l'allontanamento collettivo dei ricorrenti avesse rappresentato una violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 della CEDU<sup>682</sup>.

La riconosciuta violazione degli articoli 3 CEDU e 4 del Protocollo 4 ha portato la Corte a determinare la violazione dell'art. 13 della Convenzione, relativo al diritto ad un rimedio effettivo, da parte dell'Italia. Ritornando alle rimostranze esposte inizialmente dal Governo, circa l'inadempienza del previo esaurimento dei ricorsi interni da parte dei ricorrenti, risultava chiaro come fosse impossibile per i profughi invocare un'azione penale nei confronti dei militari che si trovavano a bordo delle navi della Marina Militare.

Per tutte le motivazioni fin qui addotte, la Corte condannò l'Italia, con sentenza emessa a Strasburgo il 23 febbraio 2012, al versamento ai ricorrenti, entro i successivi tre mesi, di 15.000 euro ciascuno.

Il caso *Hirsi*, precedente esemplare che più si avvicina allo scenario che potrebbe ripetersi nel corso delle attività dell'Operazione *Sophia*, non rappresenta l'unico caso di sentenza in cui la Corte EDU abbia accertato la violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione al respingimento dei migranti irregolari giunti in territorio europeo. Si ricordano, a fini di completezza, il caso *Saadi c. Italia*, in cui la Corte già aveva affermato che uno Stato può incorrere nella violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani qualora vi sia fondato motivo di credere che, se trasferita, la

---

<sup>682</sup> La Corte aveva constatato una violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU solo in un caso precedente a quello in esame, ossia la già citata causa *Čonka c. Belgio*.



persona rischierebbe di subire tali trattamenti nel paese di destinazione<sup>683</sup>. Più recente è il caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*<sup>684</sup>, in cui la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU in ragione del fatto che i ricorrenti erano stati espulsi verso la Serbia senza aver avuto garanzie effettive a fronte del rischio di subire tortura o trattamenti inumani. Con riferimento alla violazione dell'art. 4, Protocollo 4, in senso contrario è andata la pronuncia della Grande Camera sul caso *Khlaifia c. Italia*<sup>685</sup>. Il caso riguardava le vicende dei ricorrenti che, partiti dalle coste tunisine il 16 e il 17 settembre 2011 su imbarcazioni di fortuna, erano sbarcati in Italia, sull'isola di Lampedusa, il 17 e il 18 settembre. Trasferiti nel Centro di Soccorso e Prima Accoglienza (CSPA) di Contrada Imbriacola, il principale dell'isola, oggi chiuso, furono soccorsi e identificati. Pochi giorni dopo, il 20 settembre, una rivolta scoppiata tra i migranti provocò un grave incendio nel centro, costringendo le autorità al trasferimento degli ospiti prima nel palazzetto dello sport di Lampedusa e poi, il 22 settembre, previo trasbordo aereo a Palermo, su alcune navi attraccate nel porto della città. Infine, tra il 27 e il 29 settembre, i ricorrenti furono condotti in aeroporto e, previa loro identificazione da parte del Console tunisino, rimpatriati in Tunisia in conformità con le procedure istituite dall'accordo italo-tunisino dell'aprile 2011. I ricorrenti affermavano di essere stati vittime di un'espulsione collettiva nel senso delineato dalla giurisprudenza della Corte, ovvero sulla sola base della loro nazionalità e senza alcuna considerazione circa le loro situazioni individuali, in applicazione delle procedure semplificate previste dall'accordo bilaterale italo-tunisino; lamentavano in particolare di non essere mai stati sentiti dalle autorità italiane, che si sarebbero limitate a identificarli e a rilevarne le impronte digitali, attività che fu poi ripetuta poco prima dell'imbarco verso la Tunisia alla presenza del Console tunisino; neppure il provvedimento di respingimento, redatto secondo

---

<sup>683</sup> Corte EDU, *Saadi c. Italia*, Grande Camera, ricorso n. 37201/06, 28 febbraio 2008. Per un commento alla sentenza si veda A. COLELLA, *Ennesima condanna dell'Italia per violazione del divieto di espulsione verso paesi nei quali vi è il rischio di sottoposizione a tortura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 febbraio 2016.

<sup>684</sup> Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ricorso n. 47287/15, sentenza del 14 marzo 2017.

<sup>685</sup> Corte EDU, [GC], *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, 15 dicembre 2016, parr. 158-167. Per un'analisi della sentenza della GC si veda A. GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016. Sulla prima sentenza (Corte EDU, *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, 1 settembre 2015) si rimanda a L. D'AMBROSIO, *Le «Système Lampedusa» incriminé par la Court Européenne des Droits de l'Homme*, in *SIDIblog*, vol. 2/2015.

un *modulo standard*, recava traccia di una disamina approfondita della loro condizione. Inoltre, i ricorrenti evidenziavano che un'ulteriore riprova dell'esistenza di un'espulsione collettiva sarebbe stata fornita dall'elevato numero di tunisini contestualmente rimpatriati, dal fatto che l'operazione di rimpatrio era stata preannunciata da un'apposita nota ministeriale, dalla standardizzazione dei decreti di respingimento e dalla difficoltà per i ricorrenti di prendere contatti con un legale.

Mentre la seconda sezione della Corte aveva accolto la tesi dei ricorrenti affermando la violazione dell'art. 4, Protocollo n. 4 CEDU, di tutt'altro avviso fu la Grande Camera, la quale ritenne che la massiccia presenza nel centro di personale esterno e qualificato avesse offerto ai migranti sufficienti occasioni per evidenziare le eventuali peculiarità del loro caso; e pertanto argomentò, in maniera piuttosto sorprendente, che il divieto di espulsioni collettive non implica in ogni circostanza un vero e proprio diritto ad un colloquio individuale, ma solo che allo straniero venga offerta una possibilità reale ed effettiva di far valere gli argomenti contrari all'espulsione, e che questi siano esaminati in modo adeguato dalle autorità, in riforma della sentenza di prima istanza, la Grande Camera non ha dunque ravvisato la violazione del divieto di espulsioni collettive.

Recente e degno di nota, poi, è il caso *N.D. e N.T. c. Spagna*<sup>686</sup> nel quale, per la prima volta, la Corte EDU si è pronunciata sulla questione dei respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri che separano la città autonoma di Melilla dal Regno del Marocco. In questo caso, la Corte, all'unanimità, ha riconosciuto la violazione dell'art. 4, Protocollo 4 CEDU, ribadendo ancora una volta che per espulsione collettiva deve intendersi ogni misura che costringe degli stranieri in quanto gruppo a lasciare un Paese, ad eccezione del caso in cui tale misura sia adottata sulla base di un esame obiettivo e ragionevole della particolare situazione in cui si trova ciascuno degli individui che compongono il gruppo (par. 98 della sentenza). La Corte, poi, chiarisce nuovamente che lo scopo precipuo della disposizione è quello di evitare che gli Stati possano allontanare un certo numero di stranieri senza svolgere alcuna indagine circa la situazione personale di ciascuno e

---

<sup>686</sup> Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricorsi n. 8675/15 e n. 8697/15, sentenza del 3 ottobre 2017. Per un esame della sentenza si veda L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'enclave di Melilla*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 12, n. 1, 2018, pp. 199-206.

senza consentire loro di far valere le ragioni contrarie alle misure adottate dall'autorità competente nei loro confronti (par. 99).

#### 4.4 Il divieto di detenzione arbitraria

Estremamente rilevante, in quanto sovente esposto a violazioni nel contesto del controllo dell'immigrazione irregolare, è il divieto di detenzione arbitraria e delle condizioni inumane di detenzione. Gli standard internazionali in relazione a tale divieto sono fissati all'art. 9, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici: "Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedures as are established by law".

Disposizioni simili, poi, si ritrovano in altri strumenti giuridici internazionali<sup>687</sup>, nonché nei principali accordi regionali in materia di diritti umani. Ai fini del presente lavoro, particolarmente rilevante è l'art. 5, par. 1 della CEDU, che stabilisce in modo chiaro i casi in cui una persona può essere privata legalmente della propria libertà<sup>688</sup>.

Tuttavia, è importante ricordare che il diritto alla libertà personale non è assoluto, in quanto il diritto internazionale riconosce agli Stati la facoltà di adottare misure che limitino la libertà delle persone, inclusa la detenzione per l'ingresso illegale nel proprio territorio. Pertanto, la privazione della libertà non è consentita in due casi

---

<sup>687</sup> Rilevante è, ad esempio, l'art. 16, par. 4 della *Migrant Workers Convention*, in cui si legge: "Migrant workers and members of their families shall not be subjected individually or collectively to arbitrary arrest or detention; they shall not be deprived of their liberty except on such grounds and in accordance with such procedures as are established by law".

<sup>688</sup> Art. 5, par. 1 CEDU: "1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court; (b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law; (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so; (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority; (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants; (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition".

specifici: quando è arbitraria e quando le condizioni di detenzione non rispettano i criteri di umanità<sup>689</sup>.

Per quanto riguarda il primo punto, gli Stati devono prevedere all'interno del proprio ordinamento una chiara definizione dei casi in cui è prevista la limitazione della libertà, ma non solo, essi devono anche trattenersi dall'applicare tale legge in modo arbitrario. Ai sensi del Patto, la privazione della libertà prevista dalla legge non deve essere manifestamente sproporzionata rispetto alle circostanze del caso, ingiusta o imprevedibile<sup>690</sup>. Inoltre, una situazione di detenzione che originariamente non era arbitraria lo può diventare se prolungata per tempi eccessivi senza un'adeguata giustificazione<sup>691</sup>.

Inoltre, gli Stati hanno il dovere di riconoscere le necessarie garanzie procedurali nel caso in cui si verificano situazioni di detenzione illegale o arbitraria. In tal senso, il Patto stabilisce che “anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if detention is unlawful” (art. 9, par. 4). Simili garanzie sono previste anche dalla Convenzione sui lavoratori migranti<sup>692</sup>, nonché dalla CEDU<sup>693</sup>.

Giungendo ora a considerare il caso specifico della limitazione della libertà personale dei migranti irregolari, tra cui vi possono essere anche richiedenti asilo, il Comitato sui diritti umani ha chiarito che la detenzione di tali gruppi di persone non può essere considerata di per sé arbitraria<sup>694</sup>. Inoltre, con particolare riferimento al trattenimento amministrativo dei richiedenti asilo, il Comitato ha confermato che “the fact of illegal entry may indicate a need for investigation and there may be

---

<sup>689</sup> Sul punto, si veda M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised ed., 2005.

<sup>690</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>691</sup> *Ibidem*, p. 226. A conferma di tale orientamento si è espressa anche la Corte EDU nel caso *A. and Others v. United Kingdom*, ricorso n. 3455/05, sentenza del 19 febbraio 2009.

<sup>692</sup> Migrant Workers Convention, art. 16, par. 8: “Migrant workers and members of their families who are under any form of detention must “be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of their detention and order their release if detention is not lawful”.

<sup>693</sup> Art. 5, par. 4: “Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful”.

<sup>694</sup> *A. v. Australia*, UNHCR Comm. No. 560/1993, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, 30 aprile 1997, par. 9.3: “there is no basis for the (...) claim that it is per se arbitrary to detain individuals requesting asylum”.

other factors particular to the individual, such as the likelihood of absconding and lack of cooperation, *which may justify detention for a period*” (corsivo aggiunto), chiarendo in modo inequivocabile che “without such factors detention may be considered arbitrary, even if entry was illegal”<sup>695</sup>.

Il Comitato ha inoltre stabilito che qualsivoglia misura di detenzione deve essere sottoposta a una revisione periodica, in modo da “reassess the necessity of detention” e affinché la detenzione “should not continue beyond the period for which a State party can provide appropriate justification”<sup>696</sup>. Gli Stati, poi, devono dimostrare che “there were no less invasive means of achieving the same ends”<sup>697</sup>. Oltre al patto e alle relative decisioni del Comitato, importanti disposizioni in materia di detenzione dei richiedenti asilo provengono dall’art 31 della Convenzione di Ginevra del 1951: “The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country. The Contracting States shall allow such refugees a reasonable period and all the necessary facilities to obtain admission into another country” (par. 2). Sulla scia di tale articolo, l’UNHCR ha asserito che “detention of asylum-seekers should normally be avoided and be a measure of last resort”<sup>698</sup>, laddove le cause estreme che potrebbero giustificare tale provvedimento sarebbero riconducibili a: la necessità di tutelare l’ordine pubblico; proteggere la salute pubblica; garantire la sicurezza nazionale. In sintesi, l’UNHCR ritiene che, affinché la detenzione di richiedenti asilo sia legale e non arbitraria, essa “needs to be necessary in the individual case, reasonable in all the circumstances and proportionate to a legitimate purpose (...) Further, failure to consider less coercive or intrusive means could render detention arbitrary”<sup>699</sup>.

Anche la CEDU, d’altra parte, prevede tra i casi ammissibili perché la detenzione sia legale “the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an

---

<sup>695</sup> *Ibidem*, par. 9.4.

<sup>696</sup> *Danyal Shafiq v. Australia*, UNHCR Comm. No. 1324/2004, UN Doc. CCPR/C/88/D/1324/2004, 13 novembre 2006, decisione del 31 ottobre 2006, par. 7.2.

<sup>697</sup> *Shams and Others v. Australia*, UNHCR Comm. Nos. 1255, 1256, 1259, 1260, 1266, 1268, 1270, 1288/2004, UN Doc. CCPR/C/90/D/1255, 1256, 1259, 1260, 1266, 1270 and 1288/2004, 11 settembre 2007, decisione del 20 luglio 2007, par. 7.2.

<sup>698</sup> UNHCR Guidelines on Detention of Asylum Seekers, par. 2, reperibili su [unhcr.org](http://unhcr.org).

<sup>699</sup> *Ibidem*, par. 18.

unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition” (art. 5, lett. f), disposizione peraltro ribadita all’interno della giurisprudenza della Corte EDU<sup>700</sup>.

Rilevante ai fini del presente lavoro, con riferimento alle misure di intercettazione adottate nel corso delle operazioni di EUNAVFOR MED, è ancora una volta la sentenza della Grande Camera sul caso *Khlaifia*, nella quale la Corte ha confermato la riconducibilità della privazione di libertà subita dai ricorrenti all’ambito di applicazione della lettera f) dell’art. 5, par. 1, CEDU, in quanto evidentemente finalizzata al controllo dell’ingresso degli stranieri sul territorio nazionale. Sulla base di tale premessa, la Corte ha rilevato l’assenza di idonea base legale per il trattenimento, constatando che, come sostenuto dai ricorrenti, nessuna norma interna prevedeva la privazione di libertà nei Centri di prima accoglienza come quello ove erano stati trattenuti i ricorrenti, ed escludendo altresì che potesse svolgere tale funzione l’accordo italo-tunisino dell’aprile 2011, sulla cui base erano stati eseguiti i rimpatri ma che non conteneva alcun riferimento alla privazione di libertà. La Corte ha pertanto ritenuto violato l’art. 5, par. 1, CEDU.

Quanto all’art. 5, par. 2, CEDU, concernente gli obblighi di informazione circa le ragioni del trattenimento, la Corte ha rilevato che, benché sia plausibile che i ricorrenti fossero a conoscenza del loro status di migranti irregolari, non vi è prova che abbiano ricevuto alcuna specifica informazione in ordine ai presupposti ed alla durata del trattenimento; per tale ragione la Corte conferma la violazione dell’art. 5, par. 2, CEDU.

Quanto infine all’art. 5, par. 4, CEDU, la Corte afferma precisamente che l’accertata violazione dell’obbligo informativo di cui all’art. 5, par. 2, CEDU comporta come logica conseguenza anche la violazione del diritto a un ricorso effettivo, rendendo superfluo accertare se i rimedi interni eventualmente esistenti ma, appunto, non portati alla conoscenza dei migranti possedessero le caratteristiche per soddisfare i requisiti di tempestività ed efficacia di cui all’art. 5, par. 4, CEDU.

Al di là della questione del rispetto dei principi di legalità e di non-arbitrarietà legati alla privazione della libertà personale, vi è il rispetto dei requisiti minimi di umanità che devono essere garantiti alle persone in stato di detenzione, compresi i migranti

---

<sup>700</sup> Si vedano, tra gli altri, i casi *Saadi c. Regno Unito*, Grande Camera, ricorso n. 13229/03, sentenza del 29 gennaio 2008; e *A. e Altri c. Regno Unito*, Grande Camera, ricorso n. 3455/05, sentenza del 9 luglio 2013.

irregolari. Tale obbligo, di fatto, riassume in sé il dovere di rispettare svariati diritti umani: con riferimento specifico ai migranti, ad esempio, rileva il divieto di discriminazione. Diversi organi a tutela dei diritti umani a livello internazionale e regionale, poi, hanno evidenziato il legame con il divieto di tortura o altri trattamenti inumani e degradanti<sup>701</sup>.

#### 4.4.1 *La detenzione dei migranti irregolari nei centri libici*

Alla luce delle considerazioni finora delineate, occorre introdurre alcune delucidazioni circa le condizioni di trattenimento dei migranti irregolari in Libia, in modo tale da mettere in rilievo le violazioni che quotidianamente vengono perpetrate, che saranno alla base di riflessioni successive circa la liceità degli accordi che l'Unione europea e l'Italia hanno stipulato con tale Stato al fine di contrastare lo *smuggling* di migranti o, meglio, di contenere i flussi migratori verso l'Europa.

Occorre premettere, innanzitutto, che la Libia non ha mai aderito alla Convenzione di Ginevra del 1951, ma è parte sia del Patto sui diritti civili e politici sia della Convenzione contro la Tortura, alle disposizioni dei quali sarebbe tenuta ad uniformarsi.

Tuttavia, le leggi nazionali libiche, senza distinguere tra rifugiati, vittime di traffico o altre persone bisognose di protezione internazionale, prevedono il carcere e i lavori forzati, o il pagamento di 1000 dinari libici, per i migranti illegali, i quali, una volta emessa la sentenza, vengono espulsi dal Paese<sup>702</sup>. Inoltre, come riportato dagli osservatori di *Global Detention Project*, per quanto riguarda i tempi di detenzione, la legge n. 19 del 2010 prevede la detenzione a tempo indefinito per coloro che sono considerati migranti irregolari.

---

<sup>701</sup> Nella sentenza *Tabesh c. Grecia* (ricorso n. 8256/07, sentenza del 26 novembre 2009), la Corte EDU, al par. 36, ha stabilito che “The measures which deprive an individual of his or her freedom inevitably involve suffering and humiliation. This is a situation which cannot be avoided and that is not, in and of itself, a violation of the prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Nevertheless, this article requires a State to ensure that the conditions in which a person is detained are compatible with respect for human dignity, that detention arrangements do not cause distress or hardship to degree that exceeds the inevitable level of suffering inherent in such a measure, and that, in terms of the practical aspects of confinement, an individual’s health and well-being are provided for adequately”.

<sup>702</sup> Law No. 19 del 2010, art. 6, come riportato da *Global Detention Project*, nel febbraio 2015, reperibile su [globaldetentionproject.org](http://globaldetentionproject.org).

Secondo quanto riportato dalle testimonianze di organizzazioni non governative e gruppi di ricerca presenti nel territorio libico<sup>703</sup>, è estremamente complicato ottenere il numero esatto di centri di detenzione in Libia, in parte perché il *Department for Combating Illegal Migration*, del Ministero dell'Interno libico, ne ha chiusi diversi nel corso degli ultimi anni, e in parte perché molti dei centri sono difficilmente accessibili da parte delle OIM e UNHCR, in particolare nella parte est del Paese. Non disponendo la Libia di un “catalogo” dei centri di detenzione governativi, occorre basarsi sui numeri, in difetto, offerti da UNHCR, che ne ha contati trentatré attivi, o dal *Displacement Tracking Mechanism* di OIM che, dal 2017 ad oggi, ha contato venticinque centri governativi attivi, nove chiusi di recente, diciotto inattivi e due in corso di manutenzione<sup>704</sup>. Nell'aprile del 2018, l'UNHCR ha dichiarato che i partner locali avevano accesso regolare solo a diciannove centri, mentre quattro erano inaccessibili: si tratta dei centri di Jufra-Al-Hun, Shati, Ghat e Al-Qatrun, tutti situati nella parte a sud della Libia e inaccessibili per ragioni di sicurezza non specificate. È interessante notare, poi, che nel 2018 (fino al mese di aprile), l'UNHCR era stato in grado di condurre 493 visite di monitoraggio a livello nazionale, contro le 1080 visite nel 2017 e le 825 nel 2016.

Occorre precisare, inoltre, che i centri visitati dalle organizzazioni internazionali appartengono al gruppo dei centri formalmente e di fatto governativi. Infatti, sul territorio è presente un numero imprecisato di centri “ibridi”, formalmente governativi ma di fatto gestiti dalle milizie (*kata'ib*). Vi sono, poi, le strutture gestite dai gruppi criminali che sono utilizzate per alloggiare i migranti lungo il percorso, per chiedere i riscatti alle famiglie dei migranti o per estorcere denaro.

Un aspetto particolarmente problematico riguarda la mancanza di centri governativi di detenzione specificamente rivolti alle donne e ai bambini, sebbene alcuni di essi prevedano aree separate per donne e minori. Secondo le testimonianze raccolte da Amnesty International, le donne sono particolarmente vulnerabili agli abusi e ai maltrattamenti nei centri di detenzione, soprattutto in assenza di guardie carcerarie di sesso femminile, ma non vengono riconosciute, così come i minori, come gruppi bisognosi di protezione particolare.

---

<sup>703</sup> Informazioni ricavate dall'intervista, via e-mail, con Tom Rollins, ricercatore dell'organizzazione non governativa, *Global Detention Project*, rilasciata in data 3 agosto 2018.

<sup>704</sup> Reperibile sul sito [italy.iom.int](http://italy.iom.int).



Per quanto riguarda i migranti che, a seguito degli accordi tra Unione europea e Libia, vengono intercettati dalla Guardia Costiera libica, poco si sa circa gli standard di protezione che vengono loro applicati e i luoghi in cui vengono alloggiati. IOM e UNHCR hanno mantenuto, fino ad ora, delle postazioni in 16 aree di sbarco lungo la costa libica occidentale, tra Zuwarah e Misurata, dalle quali poi i migranti irregolari vengono spostati nei centri di detenzione governativi. Secondo quanto riferito da Amnesty International, tuttavia, all'UNHCR è consentito condurre solo una valutazione preliminare degli standard di protezione, senza poter monitorare il trasferimento dei singoli dal luogo di sbarco ai centri di detenzione.

#### **4.5 Il rispetto dei diritti umani nell'ambito dell'ambito di EUNAVFOR MED Operazione *Sophia***

Una volta delineate le clausole a tutela dei migranti contenute nei vari strumenti giuridici internazionali e regionali, occorre soffermarsi sulle problematiche che più strettamente attengono alle operazioni militari e di polizia attualmente in vigore nel mar Mediterraneo, con uno sguardo rivolto alle violazioni che si sono verificate, o che potrebbero verificarsi, e alla difficile questione della ripartizione della responsabilità tra gli Stati che cooperano nell'ambito di tali operazioni.

Come già anticipato nel precedente capitolo, sia la decisione del Consiglio dell'Unione istitutiva della missione EUNAVFOR MED, sia la risoluzione del Consiglio di Sicurezza che le ha concesso l'autorizzazione fanno espressamente riferimento agli obblighi di tutela dei diritti umani dei migranti trafficati che non devono essere messi in secondo piano rispetto agli scopi di contrasto del crimine di *smuggling*. In particolare, il Consiglio di Sicurezza riconosce che tra i migranti “may be persons who meet the definition of a refugee under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol thereto”<sup>705</sup>. Tale disposizione era già stata tracciata anche decisione del Consiglio UE, secondo cui le operazioni devono essere condotte nel rispetto del principio di *non-refoulement* e dei diritti umani fondamentali<sup>706</sup>.

Tuttavia, se sulla carta gli obblighi vengono ribaditi in modo chiaro ed esplicito, vi sono alcuni aspetti che, a livello pratico, possono apparire nebulosi, in particolare per

---

<sup>705</sup> Risoluzione 2240 (2015), Preambolo, par. 7.

<sup>706</sup> Par. 6 della Decisione.

quanto attiene al controllo effettivo ai fini della prevenzione di tali violazioni e alla riparazione a favore delle eventuali vittime. Nell'analizzare tali problematiche è necessario fare riferimento, in maniera distinta, ai problemi di tutela dei diritti umani che possono sorgere nell'ambito specifico dell'Operazione *Sophia*, da un lato, e degli accordi tra Unione europea e i suoi Stati membri – nello specifico l'Italia – e la Libia, dall'altro.

Per quanto riguarda l'operazione di contrasto al traffico di migranti nel Mar Mediterraneo, è chiaro che il dispiegamento di EUNAVFOR MED di per sé non implichi una violazione dei diritti messi in luce fino ad ora. È altrettanto vero, tuttavia, che le modalità di attuazione di quanto previsto dalla decisione del Consiglio UE e dalla risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, potrebbero far sorgere alcuni problemi di tutela effettiva di tali diritti.

#### *4.5.1 Il rispetto del principio di non-respingimento nell'ambito di EUNAVFOR MED*

Per quanto riguarda il principio di *non-refoulement*, tutti gli Stati membri dell'Unione coinvolti nell'operazione EUNAVFOR MED sono tenuti a rispettarlo in quanto parte della Convenzione di Ginevra del 1951, della Convenzione contro la tortura del 1984, della CEDU, nonché delle direttive dell'Unione europea, di cui si è parlato poc'anzi, specificamente rivolte alla protezione internazionale. Peraltro, è bene ricordare che il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce che la politica comune dell'Unione in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra nel rispetto del principio di non respingimento (art. 78 TFUE)<sup>707</sup>.

Affinché il principio venga pienamente rispettato, dunque, è necessario che vengano stabilite delle linee guida precise nell'ambito dell'operazione. In tal senso, è bene ricordare che il principio di non respingimento si applica a tutti coloro che fanno richiesta di protezione e che, pertanto, devono essere sottoposti a un'adeguata procedura di esame del proprio *status*, indipendentemente dal fatto che sussista o meno il diritto alla protezione; pertanto, una violazione di tale principio avviene anche qualora all'interno di un gruppo di migranti respinti vi siano anche persone che, se sottoposte alle procedure adeguate, non avrebbero diritto, ai sensi della Convenzione

---

<sup>707</sup> Cfr. A. ADINOLFI, *op. cit.*, v. sopra nota 657, pp. 669-696.

di Ginevra, allo *status* di rifugiato. È quindi particolarmente importante che, soprattutto nel caso di flussi migratori misti, si proceda a un esame individuale delle richieste di protezione internazionale, anche nell'ottica di individuare i soggetti particolarmente vulnerabili, come i minori stranieri non accompagnati o le vittime di tratta.

Importanti in tal senso sono le linee guida redatte dall'UNHCR relative alle procedure di accertamento della protezione internazionale nell'ambito delle operazioni di intercettazione in mare<sup>708</sup>, le quali fanno specifico riferimento agli standard giuridici da applicare nel caso di procedimenti extraterritoriali<sup>709</sup>. Nello specifico, affinché una procedura sia sicura ed efficace, è necessario che le informazioni siano riportate in una lingua accessibile per il richiedente e che vengano forniti un'adeguata assistenza legale e un interprete; inoltre, al richiedente deve essere fornito il tempo necessario per la preparazione della richiesta, che deve essere presentata, in colloquio individuale, a un organo competente che abbia contezza della situazione vigente nel Paese di origine del richiedente e che produca una decisione soggetta ad appello.

Alla luce di tutte le ragioni sopra elencate, appare chiaro che le procedure di riconoscimento dello *status* di rifugiato debbano avvenire una volta che i migranti siano sbarcati e abbiano raggiunto un luogo di accoglienza adeguato, che non può identificarsi nella nave che effettua le operazioni di soccorso. Lo stesso documento emesso dall'UNHCR chiarisce che “procedures on-board maritime vessels is generally not appropriate”, e solo in circostanze eccezionali è possibile procedere a una pre-identificazione al fine di garantire alle persone bisognose di protezione internazionale una tutela effettiva dal rischio di respingimento. Al contrario, “full RDS procedures onboard maritime vessels will not be possible, as there can be no guarantee of

---

<sup>708</sup> United Nations High Commissioner for Refugees, *Protection Policy Paper: Maritime Interception Operations*, par. 19.

<sup>709</sup> Le linee guida dell'UNHCR, a pag. 5, chiariscono che l'esternalizzazione dei procedimenti relativi all'esame delle domande di protezione internazionale può seguire due diverse modalità: un procedimento di *profiling* o *pre-screening* che precede la fase di accertamento vero e proprio dello status di rifugiato (*refugee status determination, RSD*), volto a differenziare, nel caso di flussi migratori misti, tra le diverse categorie di arrivi (ex. persone in cerca di protezione internazionale, vittime di tratta, minori non accompagnati etc.); o *RSD* vero e proprio, da considerarsi valido se i funzionari che effettuano la procedura “are trained to recognize potential international protection needs or other special needs; and have clear instructions and procedures to follow in this events”. Entrambe le procedure, comunque, “require monitoring to ensure that they are conducted transparently and do indeed identify those who are seeking international protection”.

reception arrangements and/or asylum procedures in line with international standards” (p. 15).

Ora, come visto nel capitolo precedente, l’operazione *Mare Nostrum* fu fortemente criticata per le procedure di identificazione dei migranti soccorsi, già a bordo delle navi della Marina Militare italiana. Secondo quanto dichiarato dal Capitano de Renzis Sonnino della Marina Militare italiana<sup>710</sup>, i militari di EUNAVFOR MED procedono a una pre-identificazione dei migranti a bordo, ma non solo, anche a una preliminare raccolta informativa circa i fatti precedenti al soccorso, le cui risultanze vengono poi comunicate alle autorità italiane al momento dello sbarco.

#### 4.5.2 La garanzia extraterritoriale dei diritti umani nell’ambito di EUNAVFOR MED Operazione Sophia

Il fatto che l’Operazione *Sophia* preveda l’intervento di navi in acque internazionali richiama, inevitabilmente, il tema dell’esercizio extraterritoriale della giurisdizione statale, sotto il profilo della tutela effettiva dei diritti umani. Infatti, sebbene i diritti umani abbiano valore universale, in pratica la loro protezione effettiva dipende dal fatto che la persona che subisce una violazione si trovi sotto la giurisdizione di un soggetto di diritto internazionale che sia parte di uno strumento giuridico a tutela dei diritti violati. A chiarimento di ciò si può portare l’art. 1 della Convenzione europea dei diritti umani, secondo il quale “the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention”.

Pertanto, è necessario stabilire *in primis* se le misure adottate nell’ambito dell’Operazione *Sophia* ricadano sotto la giurisdizione dell’Unione europea e dei suoi Stati membri per definire se, e chi, possa ritenersi responsabile per eventuali violazioni di diritti fondamentali nel corso di tali operazioni, tenendo presente, peraltro, che l’Unione europea non è parte della CEDU<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> Intervista telefonica registrata, rilasciata in data 13 agosto 2018 dal Capitano della Marina Militare italiana, Antonello De Renzis Sonnino.

<sup>711</sup> Per un approfondimento sull’annosa questione dell’adesione dell’Unione europea alla CEDU, si vedano C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l’adesione dell’Ue alla CEDU*, in *Questione Giustizia*, 3 febbraio 2015, reperibile su [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it); S. PEERS, *The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in *EU Law*

Il primo caso, già risolto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani con la sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*<sup>712</sup>, già precedentemente analizzata sotto il profilo delle violazioni, riguarda la sussistenza della giurisdizione statale in relazione a violazioni dei diritti umani commesse da organi dello Stato in situazioni sulle quali essi abbiano pieno controllo, anche se al di fuori del territorio dello Stato e, di conseguenza, la responsabilità diretta di quest'ultimo.

La questione della giurisdizione dello Stato ai sensi dell'art. 1 della Convenzione<sup>713</sup> ha giocato un ruolo cruciale nelle decisioni emesse dalla Corte sul caso *Hirsi*. L'esercizio della giurisdizione è infatti il presupposto fondamentale perché uno Stato parte possa essere ritenuto responsabile delle azioni od omissioni ad esso addebitabili. Il Governo italiano, per parte sua, riconosceva che i fatti in esame si erano svolti a bordo di navi militari italiane, ma negava che le autorità italiane avessero esercitato un "controllo assoluto ed esclusivo" sui ricorrenti: le navi italiane si sarebbero infatti limitate a prestare soccorso a tre imbarcazioni in difficoltà e a mettere in sicurezza le persone a bordo, come previsto dalla Convenzione di Montego Bay, senza mettere in atto alcun tipo di operazione di polizia marittima. L'obbligo di salvare vite in mare, infatti, a parere dell'Italia, non creerebbe di per sé un collegamento tra lo Stato e le persone salvate idoneo ad affermare la sussistenza della giurisdizione di Stato.

La Corte assunse come dato non contestabile il fatto che gli avvenimenti controversi si fossero svolti in alto mare, a bordo di navi militari battenti bandiera italiana<sup>714</sup>, fatto peraltro riconosciuto dallo stesso Governo italiano, e osservò che, in base all'art. 94 della Convenzione sul diritto del mare, una nave che navighi in alto mare è soggetta alla giurisdizione esclusiva dello Stato di cui batte bandiera. Facendo riferimento alle disposizioni della CEDU, la Corte riconobbe, anche sulla base di sentenze precedenti al caso di specie<sup>715</sup> che, sebbene la giurisdizione di uno Stato parte, alla luce dell'art.

---

*Analysis*, 18 dicembre 2014, reperibile su [eulawanalysis.blogspot.com](http://eulawanalysis.blogspot.com); A. F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Fascicolo 7-8, 2017.

<sup>712</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, Strasburgo, 23 febbraio 2012.

<sup>713</sup> Art. 1 CEDU: "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms set out in Section I of this Convention".

<sup>714</sup> Cfr. sentenza par. 76.

<sup>715</sup> Una di queste è la causa *Medvedyev ed altri c. Francia* (GC, n.3394/03, 29 marzo 2010), in cui la Corte ha affermato che i ricorrenti rientravano nella giurisdizione della Francia, tenuto conto del carattere assoluto ed esclusivo del controllo esercitato da questa su una nave in alto mare e sul suo equipaggio.

1 CEDU, sia da considerarsi principalmente territoriale, le azioni degli Stati contraenti compiute, o produttive di effetti, al di fuori del proprio territorio possano costituire esercizio da parte degli stessi della loro giurisdizione ai sensi dello stesso articolo. La Corte notò, inoltre, che i fatti in esame si erano svolti interamente a bordo di navi delle forze armate italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari nazionali: dalla salita a bordo delle motovedette italiane alla riconsegna alle autorità libiche, i ricorrenti si erano trovati sotto il controllo continuo ed esclusivo delle autorità italiane. Gli avvenimenti in analisi rientravano, pertanto, nella “giurisdizione” dell’Italia, ai sensi dell’art. 1 della Convenzione.

Alla luce di quanto finora esposto, potrebbe dirsi risolta, almeno per quanto riguarda le possibili violazioni di diritti umani tutelati dalla CEDU, la questione della giurisdizione qualora tali violazioni si verificassero durante il dispiegamento di EUNAVFOR MED in acque internazionali. Tuttavia, essendo *Sophia* un’operazione di politica estera dell’Unione, autorizzata tramite una risoluzione del Consiglio di Sicurezza, la questione diviene più complessa sotto il profilo della responsabilità, e chiama in causa la ripartizione di competenze tra Stati membri, Unione europea e ONU.

#### 4.5.2.1 La ripartizione delle competenze tra Stati membri e organizzazioni internazionali nella giurisprudenza della Corte EDU

Un primo tentativo di risolvere la questione della ripartizione delle competenze tra Unione europea e CEDU risale ai tempi della Commissione europea dei diritti dell’uomo – sostituita dalla Corte a partire dal 1 novembre 1998 con l’entrata in vigore del Protocollo n. 11 CEDU<sup>716</sup> – quando, con la decisione sul caso *M & Co. c. Repubblica Federale di Germania*<sup>717</sup>, la Commissione elaborò per la prima volta il

---

<sup>716</sup> Protocollo n. 11 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, che ristruttura il meccanismo di controllo istituito dalla Convenzione, concluso a Strasburgo l’11 maggio 1994, doc. 0.101.09.

<sup>717</sup> *M. & Co. c. Repubblica federale di Germania*, ricorso n. 13258/87, sentenza del 9 febbraio 1990. Il caso riguardava un ricorso proposto da una società tedesca contro l’*exequatur* accordato dalla Germania ad una sentenza della Corte di Giustizia che parzialmente confermava una decisione della Commissione europea in base alla quale la stessa ricorrente era stata condannata per violazione delle regole sulla concorrenza. La società lamentava la violazione degli art. 1 e 6, par. 2 e par. 3 della CEDU, e chiedeva, pertanto, alla Germania di non conformarsi a una decisione resa in violazione degli obblighi cui lo stesso Stato era sottoposto in virtù della CEDU.

principio della protezione equivalente. In tale caso la Commissione, dopo aver affermato la propria incompetenza a ricevere ricorsi contro le Comunità europee, chiarì che le autorità giurisdizionali nazionali, anche qualora svolgano un'attività vincolata da norme comunitarie, non agiscono in qualità di organi comunitari, sfuggendo così al controllo della Convenzione, bensì come organi interni e, in quanto tali, nell'esercizio della loro giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU<sup>718</sup>.

La teoria della protezione equivalente è stata poi ribadita ed elaborata più compiutamente dalla Corte EDU nella sentenza *Bosphorus*<sup>719</sup>, che riguardava la presunta responsabilità dell'Irlanda per violazione dei diritti di proprietà (art. 1, Protocollo n. 1 CEDU), in seguito all'adozione di una misura di sequestro imposta da un regolamento comunitario che, a sua volta, dava esecuzione a una risoluzione del Consiglio di Sicurezza. In questo caso, i giudici di Strasburgo confermarono le conclusioni raggiunte nel caso *M & Co.*, ossia che la Convenzione non proibisce agli Stati contraenti di trasferire poteri ad organizzazioni internazionali, ma anche che questi ultimi sono responsabili, ai sensi dell'art. 1 CEDU, per tutti gli atti e le omissioni dei loro organi, e che a nulla rileva la distinzione tra la natura interna o internazionale degli obblighi da adempiere. Tuttavia, la Corte, nel bilanciare l'interesse alla cooperazione internazionale e l'effettività della CEDU, ha affermato che "State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention

---

<sup>718</sup> La decisione della Commissione sul caso *M & Co.* chiariva che "the Convention does not prohibit a Member State from transferring powers to international organisations. Nonetheless, The Commission recalls that "if a State contracts treaty obligations and subsequently concludes another international agreement which disables it from performing its obligations under the first treaty it will be answerable for any resulting breach of its obligations under the earlier treaty (...) The Commission considers that a transfer of powers does not necessarily exclude a State's responsibility under the Convention with regard to the exercise of the transferred powers. Otherwise the guarantees of the Convention could wantonly be limited or excluded and thus be deprived of their peremptory character (...) Therefore the transfer of powers to an international organisation is not incompatible with the Convention provided that within that organisation fundamental rights will receive an *equivalent protection*" (corsivo aggiunto).

<sup>719</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005. Per un approfondimento sul caso si rimanda a E. DREWNIAK, *The Bosphorus Case: The Balancing of Property Rights in the European Community and the Public Interest in Ending the War in Bosnia*, in *Fordham International Law Journal*, 1996, p. 919 e ss.

provides” (par. 155), lasciando comunque impregiudicata la responsabilità dello Stato “for all acts falling outside its strict international legal obligations” (par 157)<sup>720</sup>.

La teoria della protezione equivalente è stata più volte ripresa nella giurisprudenza della Corte EDU dopo il caso *Bosphorus*. Tra gli ulteriori aspetti che sono stati chiariti, ad esempio, vi è il fatto che il ricorrente deve dimostrare anche che la protezione offerta dall’organizzazione internazionale, di cui lo Stato che avrebbe violato i suoi diritti è membro, non sia, nel suo complesso, equivalente a quella prestata dalla CEDU<sup>721</sup>. È stato inoltre stabilito che la presunzione di equivalenza si applica non solo agli atti nazionali di esecuzione degli obblighi derivanti dalla partecipazione all’organizzazione internazionale, ma anche alle procedure interne adottate dalla stessa organizzazione, purché vi sia un coinvolgimento degli organi statali atto a fondare la giurisdizione dello Stato parte ai sensi dell’art. 1 CEDU<sup>722</sup>.

Nel caso *Gasparini c. Italia e Belgio*<sup>723</sup>, poi, la Corte ha ulteriormente chiarito che nel momento in cui gli Stati parte della CEDU trasferiscono alcuni dei loro poteri sovrani ad un’organizzazione internazionale essi devono controllare che tali diritti garantiti dalla Convenzione ricevano una protezione equivalente in seno a tale organizzazione. Nella stessa occasione la Corte ha precisato che uno Stato non può essere ritenuto responsabile di una violazione della CEDU in virtù di una decisione dell’organizzazione internazionale di cui è membro se non è stata provata o almeno asserita la mancanza di equivalenza e se tale Stato non è intervenuto direttamente o indirettamente nella commissione dell’atto contestato.

---

<sup>720</sup> Per un ulteriore approfondimento circa la teoria della protezione equivalente in dottrina si rimanda a C. COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, p. 87 e ss.; S. DOUGLAS-SCOTT, *Comment on Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, Application No. 45036/98, Judgement of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 243 ss.; M. VENTRONE, *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Osservatorio Costituzionale*, marzo 2015.

<sup>721</sup> Si veda Corte EDU, *Boivin c. Francia e Belgio e altri 32 Stati membri del Consiglio d’Europa*, ricorso n. 73250/01, decisione del 9 settembre 2008.

<sup>722</sup> Oltre al sopracitato caso *Boivin*, si vedano Corte EDU, *Connolly c. 15 Stati membri dell’Unione europea*, ricorso n. 73274/01, decisione del 9 dicembre 2008; Corte EDU, *Beygo c. 46 Stati membri del Consiglio d’Europa*, ricorso n. 36099/06, decisione del 16 maggio 2009; Corte EDU, *Perez c. Germania*, ricorso n. 15521/08, decisione del 6 gennaio 2015.

<sup>723</sup> Corte EDU, *Gasparini c. Italia e Belgio*, ricorso n. 10750/03, decisione del 12 maggio 2009. Per un commento della sentenza in oggetto, si rimanda a E. REBASTI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e responsabilità degli Stati per trasferimento di poteri a un’organizzazione internazionale: la decisione nel caso Gasparini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 65 e ss.



Una volta risolta la questione della divisione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri in ambito CEDU, occorre soffermarsi sulle possibili violazioni delle garanzie offerte dalla Convenzione europea commesse dalle autorità nazionali in esecuzione di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Trasponendo quanto analizzato finora al caso dell'Operazione *Sophia*, occorre tenere presente che essa ha un carattere ancora più peculiare, dal momento che rientra tra gli atti PESC dell'Unione. Se, da un lato, infatti, l'articolo 21 del TUE stabilisce che l'azione esterna dell'Unione “si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale”; dall'altro la Corte di Giustizia dell'UE non può esercitare la propria autorità su eventuali violazioni di diritti umani commessi in ambito PESC, e pertanto i rimedi effettivi ad esse devono essere forniti dalla legge nazionale degli Stati membri. Diverso è il caso di violazioni commesse nell'ambito delle missioni collaterali ad EUNAVFOR MED, nello specifico le operazioni Triton, ora Themis, di FRONTEX, il cui grado di responsabilità verrà approfondito nel successivo paragrafo. Una volta escluso che l'Unione sia da ritenersi responsabile, ai sensi della CEDU, per violazioni di diritti umani nel corso dell'Operazione *Sophia*, occorre tenere presente che tale operazione è stata autorizzata tramite una risoluzione ex Capitolo VII del Consiglio di Sicurezza, e pertanto è utile interrogarsi se la responsabilità per eventuali atti contrari ai diritti umani nell'ambito di EUNAVFOR MED potrebbero essere imputabili alle Nazioni Unite.

La Corte EDU è stata chiamata più volte nel corso degli ultimi anni a pronunciarsi su ricorsi presentati da individui che lamentavano la violazione delle garanzie loro offerte dalla CEDU commesse dalle autorità nazionali in esecuzione di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU. Il problema si è posto per la prima volta con il caso *Behrami e Saramati c. Francia*<sup>724</sup>, nel quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su alcune violazioni del diritto alla vita, alla libertà personale e all'equo processo che avevano avuto luogo in Kosovo da parte di militari e funzionari della *Kosovo Force*

---

<sup>724</sup> Corte EDU, *Behrami e Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, Grande Camera, ricorsi n. 71412/01 e 78166/01, decisione del 2 maggio 2007.

(KFOR) e della *United Nations Mission in Kosovo* (UNMIK). I giudici di Strasburgo ritennero in tale occasione che i fatti alla base del procedimento fossero riconducibili ad azioni e omissioni della KFOR e dell'UNMIK e che, di conseguenza, la condotta dei contingenti nazionali fosse imputabile all'ONU<sup>725</sup>. Nello specifico, la delega conferita alla KFOR sarebbe risultata sufficientemente limitata da attribuire all'organo delegante gli atti compiuti dall'ente delegato, tanto che l'UNSC avrebbe mantenuto l'autorità e il controllo finale sulla missione. Come notano alcuni autori, tuttavia, in tale caso la Corte ha mancato di verificare il livello di discrezionalità di cui godrebbero gli Stati nel dare esecuzione alla risoluzione, ammettendo così che ogni volta che lo Stato agisce per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale non potrebbe essere responsabile delle eventuali violazioni di diritti umani conseguenti. I giudici della Grande Camera, infatti, hanno ribadito che la CEDU non può essere interpretata e applicata nel vuoto giuridico ma che occorre tener conto delle norme rilevanti di diritto internazionale, facendo esplicito riferimento agli artt. 25 e 103 della Carta delle Nazioni Unite (par. 147)<sup>726</sup>. Ancor più rilevante, poi, è la natura imperativa che la Corte ha riconosciuto al principale obiettivo dell'ONU, ossia il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (par. 148).

L'orientamento adottato nella decisione *Behrami* è stato in parte rivisto nel caso *Al-*

---

<sup>725</sup> Per un'analisi dettagliata della vicenda si rimanda a: P. KLEIN, *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati*, in *Annuaire français de droit international*, 2007, p. 43 ss.; P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 681 ss.; P. BODEAU-LIVINEC, P. BUZZINI, S. VILLALPANDO, *Behrami & Behrami v. France; Saramati v. France, Germany & Norway*, in *American Journal of International Law*, 2008, p. 323 ss.; E. BRANDOLINO, *Amministrazioni ONU e tutela dei diritti umani*, in *La Comunità internazionale*, 2008, p. 279 ss.; G. C. BRUNO, *La Corte europea dei diritti umani e il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite: la decisione Behrami e Behrami e Saramati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 187 ss.; S. VALENTI, *La questione dell'applicabilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo alle forze di mantenimento della pace in Kosovo: i casi Behrami e Saramati*, in *Pace diritti umani*, 2008, p. 81 ss.; A. MANEGGIA, *'Controllo effettivo' e imputabilità della condotta nella decisione Behrami/Saramati della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in C. FOCARELLI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto internazionale*, Perugia, 2008, p. 167 ss.; P. DE SENA, M. C. VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 193 ss.; M. MILANOVIC, T. PAPIC, *As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 267 ss.; M.I. PAPA, *Le autorizzazioni del Consiglio di sicurezza davanti alla Corte europea dei diritti umani: dalla decisione sui casi Behrami e Saramati alla sentenza Al-Jedda*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 229 ss.

<sup>726</sup> Cfr. M. VENTRONE, *op. cit.*, v. sopra nota 720, p. 12.

*Jedda c. Regno Unito*<sup>727</sup>, in cui la Corte ha dovuto preliminarmente accertare se la condotta denunciata dai ricorrenti fosse imputabile al Regno Unito o alle Nazioni Unite, le quali avevano adottato la formula “attraverso ogni mezzo necessario”, per autorizzare l’uso della forza al fine di contribuire al mantenimento della pace e della stabilità in Iraq<sup>728</sup>. Il caso concerneva un ex cittadino iracheno, esule dal regime di Saddam Hussein, che aveva ottenuto asilo politico nel Regno Unito e, quindi, la cittadinanza inglese. Subito dopo la caduta del regime, egli aveva fatto ritorno in Iraq con quattro dei suoi figli e qui, il 10 ottobre 2004, era stato arrestato da militari statunitensi, sulla base di informazioni segrete ricevute dall’intelligence britannica, che lo sospettava di essere attivamente coinvolto nella preparazione di attentati terroristici contro le forze della coalizione in Iraq, procacciando esplosivi, reclutando combattenti stranieri e favorendo il loro ingresso clandestino nel territorio iracheno. L’arrestato era stato quindi consegnato alle autorità militari inglesi, i quali lo avevano detenuto in un centro di detenzione gestito dall’esercito britannico a Bassora sino al momento del suo rilascio, il 30 dicembre 2007. Nessun processo era stato avviato contro di lui, ma la perdurante necessità della sua detenzione era stata sottoposta a periodici riesami ad opera di speciali commissioni, a partire dal 2006 composte anche da rappresentanti del governo provvisorio iracheno, le quali – sulla base di prove segrete fornite dall’intelligence – avevano sempre ritenuto che vi fossero motivi ragionevoli che il detenuto fosse realmente implicato in attività terroristiche. Sulla base del medesimo materiale probatorio, il governo inglese gli revocò nel 2007 la cittadinanza inglese, con provvedimento contro il quale l’interessato interpose inutilmente appello avanti alla giurisdizione amministrativa competente.

Diversamente dal caso *Behrami*, in questa occasione la Grande Camera ha escluso che nel caso di specie le Nazioni Unite avessero il controllo effettivo o l’autorità e il controllo finale sugli atti o sulle omissioni della forza multinazionale e che, pertanto, la violazione fosse imputabile al Regno Unito (parr. 84-86).

---

<sup>727</sup> Corte EDU, *Al-Jedda c. Regno Unito*, Grande Camera, ricorso n. 27021/08, sentenza del 7 luglio 2011. Per un commento alla sentenza si vedano F. VIGANÒ, *Tutela dei diritti fondamentali e operazioni militari all’estero: le sentenze Al-Skeini e Al-Jedda della Corte europea dei diritti umani*, in *Rivista AIC*, 2011; M. MILANOVIC, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 121 e ss.

<sup>728</sup> Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, riss. N. 1511(2013), del 16 ottobre 2001, par. 13, e n. 1546 (2004), del 8 giugno 2004, par. 10.

Nello stabilire il grado di discrezionalità degli Stati partecipanti alla forza multinazionale, la Corte ha affermato che l'obiettivo del mantenimento della pace andasse in qualche modo bilanciato con il conseguimento della cooperazione internazionale nella promozione e nell'incoraggiamento del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di cui all'art. 2, par. 3 della Carta ONU. Ancora una volta, dunque, la Corte non ha chiarito se e in che misura la CEDU debba essere subordinata alla Carta. Un'importante pronuncia in tal senso è ritrovabile nella sentenza *Nada*<sup>729</sup>, nella quale la Corte per la prima volta si è pronunciata sulla compatibilità tra la Convenzione e le sanzioni individuali disposte dal CDS. In questo caso, la Corte ha ritenuto che le presunte violazioni fossero attribuibili alla Svizzera, in quanto si trattava di misure adottate dallo Stato nell'ambito dell'ordinamento nazionale e, pertanto, nell'esercizio della propria giurisdizione (parr. 120-122). Ciò che però rilevava, a parere della Corte, non era il fatto che gli obblighi derivanti dalla risoluzione fossero esplicitamente contrari alla CEDU, ma il modo in cui essi erano stati eseguiti all'interno dello Stato membro. I giudici osservavano, infatti, che la Carta ONU non indica agli Stati membri come dare esecuzione alle risoluzioni del CDS adottate ai sensi del capitolo VII, motivo per cui, anche se gli obblighi del CDS apparivano stringenti, la Svizzera godeva comunque di un margine di discrezionalità (par. 180).

Particolarmente interessante è il più recente caso *Al-Dulimi*<sup>730</sup>, ancora relativo alla compatibilità tra il regime delle sanzioni imposto dal CDS e i diritti umani garantiti dalla CEDU, nel quale, per la prima volta, la Corte EDU ha fatto ricorso alla teoria della protezione equivalente con riferimento alla ripartizione delle responsabilità tra l'ONU e i suoi Stati membri. Innanzitutto, i giudici hanno ritenuto che il ricorso fosse ricevibile *ratione personae*, poiché il provvedimento di confisca, benché imposto dalle risoluzioni del CDS, era stato adottato dalla Svizzera nell'esercizio della propria giurisdizione ex art. 1 CEDU. Successivamente, la Corte ha sostenuto che la situazione si prestava ad essere analizzata alla luce del principio della protezione equivalente, in quanto il ricorso verteva su misure nazionali potenzialmente lesive della CEDU, la cui adozione, però, era stata necessitata da obblighi convenzionalmente assunti dallo Stato che non lasciavano alle autorità alcun margine

---

<sup>729</sup> Corte EDU, *Nada c. Svizzera*, Grande Camera, ricorso n. 10593/08, sentenza del 12 settembre 2012.

<sup>730</sup> Corte EDU, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera*, ricorso n. 5809/08, sentenza del 26 novembre 2013.

di apprezzamento circa la loro esecuzione. Nel valutare l'applicazione di tale principio, i giudici di Strasburgo si sono basati sulle osservazioni formulate dal Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla promozione e la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nella lotta contro il terrorismo<sup>731</sup>, dal quale è emerso che i due regimi di tutela dei diritti umani non sarebbero comparabili. Nel suo secondo rapporto annuale presentato all'Assemblea Generale, il Relatore speciale Benn Emmerson affermava, infatti, che nonostante i progressi compiuti sul piano dei diritti processuali degli individui colpiti dal regime sanzionatorio contro Al-Qaeda, grazie all'introduzione dell'Ufficio del Mediatore<sup>732</sup>, tale regime non garantisce sempre il rispetto degli standard minimi di tutela previsti dal diritto internazionale. *A fortiori*, la Corte deduce che in assenza della figura del Mediatore nel quadro della risoluzione n. 1483 (2003), il sistema di tutela che nel caso di specie è offerto ai ricorrenti sarebbe ancor meno equivalente a quello della CEDU, e ciò anche tenendo conto del fatto che tali carenze non sarebbero state colmate a livello nazionale da alcuno strumento effettivo di tutela, dato che il Tribunale federale svizzero si era rifiutato di controllare il merito del provvedimento di confisca. Per tutte le ragioni appena elencate, dunque, la presunzione di equivalenza non poteva essere applicata nell'ambito delle Nazioni Unite.

La sentenza della Camera, tuttavia, è stata ribaltata nuovamente dalla Grande Camera<sup>733</sup>, la quale non ha ritenuto sussistente il 'contrasto' tra gli obblighi previsti dalla Convenzione e quelli derivanti dalla ris. 1483, tale da richiedere l'utilizzo di criteri gerarchici (quali l'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite o la nozione di *ius*

<sup>731</sup> Rapporto del 26 settembre 2012, A/67/396, reperibile su [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>732</sup> Si fa riferimento anzitutto alla risoluzione n. 1730 (2006) del 19 dicembre 2006, che ha istituito il c.d. *Focal Point*, incaricato di ricevere le richieste di cancellazione dalle liste dei Comitati delle sanzioni fatte pervenire dai soggetti iscritti e di trasmetterle ai governi dello Stato che ha richiesto l'iscrizione, nonché a quelli di nazionalità e di residenza dell'interessato. Questi ultimi, anche mediante l'intermediazione del *Focal Point*, sono tenuti a consultarsi, ma la decisione finale sulla cancellazione dalla lista rimane di competenza del Comitato delle sanzioni. La ris. 1904 (2009), seguita dalle risoluzioni 1989 (2011) e 2083 (2012), ha poi sostituito il *Focal Point*, relativamente al regime sanzionatorio contro Al-Qaeda, con l'Ufficio del Mediatore (*Ombudsperson*), in grado di indirizzare raccomandazioni al Comitato delle sanzioni previsto dalla ris. 1267 (1999) circa l'opportunità di eventuali *de-listing*, che possono poi comportare, in caso di non contestazione, l'automatica radiazione degli individui dalla lista. V. A. CIAMPI, *Un Ombudsperson per gestire le richieste al Comitato 1267 per la cancellazione dalle liste*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 106 ss.; G. SULLIVAN, M. DE GOEDE, *Between Law and the Exception: The UN 1267 Ombudsperson as a Hybrid Model of Legal Expertise*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 833 ss.

<sup>733</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, ricorso n. 5809/08, decisione del 21 giugno 2016.

*cogens*), ovvero il richiamo alla teoria della protezione equivalente. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Camera, ad avviso dei giudici della Grande Camera la Svizzera manteneva un margine di manovra, se non nell'applicazione della ris.1483, perlomeno nella sua interpretazione. Per tale ragione, negata alla radice l'esistenza di un conflitto normativo, la Grande Camera ha optato per il modello argomentativo inaugurato con il caso *Al-Jedda*, fondato sulla presunzione di conformità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza ai diritti umani tutelati dalla Convenzione e sulla loro interpretazione armonica e sistemica alla luce della CEDU<sup>734</sup>.

Tirando le somme di quanto finora esposto, dunque, si potrebbe concludere, sulla base della più recente giurisprudenza della Corte EDU, che quando il CDS lascia un margine di discrezionalità agli Stati nell'attuazione degli obblighi imposti dalle risoluzioni, sono gli Stati, e non l'organizzazione, imputabili per atti od omissioni contrari alla CEDU. Più complesso è il caso in cui le risoluzioni ex Capitolo VII della Carta impongano obblighi più stringenti, che gli Stati devono attuare all'interno della propria giurisdizione, in quanto la Corte, come dimostrato dalla sentenza della Grande Camera sul caso *Al-Dulimi*, si mostra ancora restia a ricorrere al test della protezione equivalente.

Trasponendo tali considerazioni alla risoluzione 2240(2015), che autorizza il dispiegamento di EUNAVFOR MED, in caso di violazioni delle garanzie previste dalla CEDU, la questione sembrerebbe risolversi piuttosto facilmente. Come emerge dal testo della risoluzione, ampiamente approfondito al capitolo terzo del presente lavoro, infatti, il CDS non impone agli Stati misure che esplicitamente produrrebbero una violazione delle garanzie previste dalla CEDU. Inoltre, come visto, vi sono talune disposizioni, in materia di ispezione delle navi e trattenimento dei trafficanti, che sono lasciate vaghe nel testo della Risoluzione, e che, pertanto, nella loro applicazione lasciano ampio margine di discrezionalità agli Stati che ne sono parte. Per tali ragioni, è più che plausibile ritenere che, nel momento in cui si verificassero violazioni della Convenzione nell'ambito dell'operazione EUNAVFOR MED, la responsabilità sarebbe riferibile allo Stato che esercita giurisdizione sulla persona ai sensi dell'art. 1 CEDU.

---

<sup>734</sup> Cfr. M. BUSCEMI, *La Corte di Strasburgo opta per una soluzione soffice nel coordinare gli obblighi della Convenzione con quelli derivanti dalle Nazioni Unite: alcune riflessioni al margine della sentenza Al Dulimi*, in *Rivista AIC*, fasc. 3/2016, 7 novembre 2016.

#### 4.5.3 La tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di FRONTEX e della nuova Guardia Costiera e di Frontiera Europea

Oltre alle questioni di giurisdizione risolte dalla Corte EDU nel caso *Hirsi*, sufficientemente chiaro e incontestabile appare l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione in relazione a violazioni dei diritti dei migranti commesse da organi dello Stato di invio sul territorio dello Stato straniero, qualora, in applicazione di accordi con tale Stato, essi esercitino in maniera esclusiva funzioni esecutive o giudiziarie tali da incidere sul godimento dei diritti garantiti ed abbiano quindi il pieno controllo *de jure e de facto* della situazione che ha determinato la violazione<sup>735</sup>.

La questione diviene più complessa quando lo Stato europeo partecipa alle attività potenzialmente lesive in maniera più marginale, lasciando allo Stato territoriale il controllo principale o partecipando all'atto illecito insieme ad altri Stati o funzionari dell'Unione europea, come nel caso di operazioni congiunte di polizia o di soccorso in mare nell'ambito della quale militari dello Stato europeo cooperino con funzionari dell'Unione o con le forze dello Stato terzo.

Posticipando per il momento la prima ipotesi ai paragrafi successivi, è bene soffermarsi ora sulla questione irrisolta della responsabilità dell'agenzia FRONTEX, oggi Guardia Costiera e di Frontiera Europea (ECGB), nel caso di atti illeciti e violazioni dei diritti umani nel corso di operazioni congiunte da essa coordinate.

Il Regolamento istitutivo di FRONTEX, come anticipato, non detta particolari disposizioni rispetto alla ripartizione delle responsabilità tra l'agenzia e gli Stati che con essa cooperano. È solo nel 2007, con il Regolamento istitutivo delle *Rapid Border Intervention Teams* (RABIT)<sup>736</sup>, Squadre di intervento rapido, che si fa menzione alla salvaguardia dei diritti dei rifugiati<sup>737</sup>. Il regolamento delle RABITs, tuttavia, ha

---

<sup>735</sup> Cfr. F. DE VITTOR, *Responsabilità di Stati e Unione europea da accordi per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 12, 2018, n. 1, p. 20. Giurisprudenza rilevante in tal senso è ricavabile da Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, ricorso n. 55721/07, sentenza del 7 luglio 2011, par. 7.

<sup>736</sup> Regolamento (CE) n.863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre comuni di intervento rapido alle frontiere e modifica il regolamento (CE) n.2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati, GUUE L 199, 31 luglio 2007.

<sup>737</sup> L'art. 2, del regolamento 863/2007 stabilisce che esso si applica «fatti salvi i diritti dei rifugiati e delle persone che chiedono protezione internazionale, in particolare per quanto riguarda il non respingimento».

contribuito a una crescente militarizzazione dei confini esterni dell'Unione senza definire una divisione efficace delle responsabilità di tutela tra FRONTEX e gli Stati membri, provocando frequenti scarichi di responsabilità da parte dell'agenzia a discapito degli Stati membri dell'Unione, e viceversa.

Alla luce di queste persistenti criticità, la disciplina giuridica applicabile ha subito un'ulteriore revisione con il Regolamento n. 1168/2011<sup>738</sup>, che ha introdotto regole dettagliate per la gestione delle operazioni dell'agenzia, oltre a una serie di misure per la tutela dei diritti umani e la suddivisione delle responsabilità. Il Regolamento dichiara espressamente che FRONTEX è tenuta a svolgere i suoi compiti nel pieno rispetto del diritto dell'Unione, inclusa la Carta dei Diritti fondamentali, le norme di diritto internazionale, tra cui la Convenzione di Ginevra sul diritto dei rifugiati, oltre a garantire il rispetto del principio del *non refoulement* da parte delle autorità coinvolte. Speciale riguardo è inoltre rivolto ai bisogni dei bambini, delle vittime di tratta, delle persone vulnerabili o che necessitano di assistenza medica, secondo quanto stabilito dalle norme europee e internazionali<sup>739</sup>. Il regolamento richiede anche la creazione di un Forum consultivo in seno all'agenzia, con il compito di assistere il Direttore esecutivo e il Consiglio di amministrazione per le questioni implicanti i diritti fondamentali<sup>740</sup>, nonché la designazione di un Responsabile per i Diritti umani<sup>741</sup> e la stesura di un Codice di condotta che disciplini le operazioni coordinate da FRONTEX. Sebbene il Regolamento abbia rappresentato un importante tentativo di incorporare la tutela dei diritti umani nel lavoro di FRONTEX, tali miglioramenti non hanno chiarito in maniera inequivocabile il grado di responsabilità giuridica dell'agenzia in caso di operazioni congiunte. In particolare, il sistema giuridico di FRONTEX continua a non garantire un meccanismo di ricorso o procedure per il risarcimento dei migranti i cui diritti vengano lesi nel periodo di presa in carico da parte dell'agenzia<sup>742</sup>.

Le lacune sopraesposte sono state oggetto, peraltro, di un'inchiesta condotta, di propria

---

<sup>738</sup> Regolamento (UE) n. 1168/2011 del parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 recante modifica del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

<sup>739</sup> Articolo 2, par. 1°, emendato.

<sup>740</sup> Articolo 26a, par. 2.

<sup>741</sup> Articolo 26a, par. 3.

<sup>742</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *op. cit.*, v. sopra nota 530.



iniziativa, dal Mediatore europeo (*European Ombudsman*) nel 2012<sup>743</sup>, la quale ha evidenziato l'assenza di un meccanismo efficace in seno a FRONTEX, volto a risarcire eventuali violazioni dei diritti fondamentali dei migranti nel corso delle operazioni da essa coordinate. A seguito di consultazioni intercorse con rappresentanti di organizzazioni non governative, tra cui *Amnesty International*, *Caritas*, *Statewatch* e *Migreurop*, il Mediatore ha emesso una bozza di risoluzione in cui consiglia a FRONTEX alcuni interventi auspicabili da intraprendere nel breve e lungo termine. In particolare, si richiede all'agenzia: di chiarire se si consideri essa stessa responsabile per eventuali violazioni dei diritti fondamentali nel corso delle sue operazioni e, se sì, in che termini; di definire, nel Codice di condotta, il diritto applicabile alla condotta di tutti i partecipanti alle operazioni; di stabilire specifici sistemi di protezione dei dati dei migranti intercettati; di redigere apposite linee guida per i partecipanti alle operazioni congiunte di rimpatrio, in merito alle possibili condizioni di difficoltà in cui i migranti intercettati potrebbero venire a trovarsi.

FRONTEX non ha accettato le raccomandazioni dell'*Ombudsman*, adducendo come motivo principale il fatto che eventuali incidenti ad opera degli individui coinvolti nelle operazioni da essa coordinate sono imputabili, in ultima istanza, alla responsabilità dello Stato membro sotto la giurisdizione del quale l'incidente si è verificato.

Tale posizione, strenuamente difesa dall'agenzia, non solo si scontra con il punto di vista del Mediatore, ma anche con le dichiarazioni emesse dal Comitato sulle migrazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nell'aprile 2013<sup>744</sup>. La bozza di risoluzione, approvata all'unanimità dal Comitato il 4 aprile 2013, pur riconoscendo gli sforzi fatti dall'agenzia nel delineare un Strategia per i Diritti fondamentali, nel redigere un Codice di condotta e nel nominare un Responsabile per i diritti fondamentali, solleva seri dubbi in merito all'esaustività di tali misure per un'efficace tutela dei diritti umani. Il Comitato critica inoltre duramente lo scarico di responsabilità da parte dell'agenzia nei confronti degli Stati membri e chiede che essa riconosca i propri doveri in qualità di titolare o co-titolare dei progetti che coordina.

---

<sup>743</sup> European Ombudsman, *Draft Recommendation of the European Ombudsman in his inquiry into complain OI/5/2012/BEH-MHZ against the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders (FRONTEX)*, 9.4.2013.

<sup>744</sup> Council of Europe Parliamentary Assembly, *Frontex: Human Rights Responsibilities*, Report, Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, 8.4.2013. (*Rapporteur*: Mikael Cederbratt).

Ulteriori raccomandazioni degne di nota sono poi la previsione di un'assistenza adeguata per le vittime di traffico, i minori o le persone vulnerabili intercettate nel corso delle operazioni, nonché la garanzia di un trattamento equo, umano e non discriminatorio per tutte le persone oggetto di rimpatri congiunti. Tali disposizioni, infine, andrebbero integrate in un efficace sistema di monitoraggio dei diritti umani, promuovendo la trasparenza e la pubblica diffusione delle informazioni inerenti alle operazioni intraprese da FRONTEX e sensibilizzando gli operatori dell'agenzia, ma anche i funzionari preposti al controllo delle frontiere, circa l'importanza di un'effettiva tutela dei diritti umani<sup>745</sup>.

La nuova veste di Agenzia della Guardia di frontiera e costiera europea assunta da FRONTEX nel 2015 è già stata delineata nel precedente capitolo e, ai fini della presente analisi, in particolare rilievo vengono i nuovi poteri ad essa attribuiti inerenti all'adozione di misure coercitive nei confronti delle navi intercettate (fermo, visita a bordo, ispezione e sequestro), che dovrebbero essere soggette alla giurisdizione dello Stato di cui battono bandiera, e delle persone a bordo (ispezione, fermo, arresto e rimpatrio). Difatti, l'obiettivo dichiarato al considerando n. 2 del regolamento istitutivo della nuova Agenzia, oltre alla gestione efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne, si estende al fornire un contributo nella lotta contro la criminalità grave di dimensione transfrontaliera, come il terrorismo internazionale, al fine di contribuire a un innalzamento del livello di sicurezza interna dell'Unione.

Anche nel contesto del regolamento 2016/1624, il pieno rispetto dei diritti umani è presentato quale necessario "contesto di riferimento" entro il quale la EBCGA deve muoversi per raggiungere i suddetti obiettivi. Inoltre, il regolamento dichiara che l'Agenzia contribuisce attivamente all'applicazione continua e uniforme della legislazione dell'Unione, compreso l'*acquis* dell'UE in materia di diritti fondamentali, a tutte le frontiere esterne dell'Unione<sup>746</sup>. A tal proposito, è prevista anche la collaborazione con l'Agenzia europea per i diritti fondamentali (art. 52 del regolamento).

---

<sup>745</sup> Per un approfondimento ulteriore sul tema delle responsabilità in capo all'agenzia FRONTEX si rimanda a A. POMÉON, *Frontex and the EBCGA – A Question of Accountability*, Oisterwijk, 2017; G. CAMPESI, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, 2015; I. TANI, *Le forme di contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare attraverso il Mediterraneo*, in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016, p. 90 e ss.

<sup>746</sup> Art. 6, par. 3 del regolamento.

Il riferimento al rispetto dei diritti fondamentali, poi, è espressamente previsto agli artt. 21, par. 4<sup>747</sup>, 36<sup>748</sup> e 34<sup>749</sup> del regolamento, con particolare attenzione al pieno rispetto del principio di *non-refoulement*, sia diretto che indiretto. Nell'esecuzione dei propri compiti, la EBCGA deve provvedere affinché nessuno sia sbarcato, obbligato a entrare o condotto in un Paese, o altrimenti consegnato o riconsegnato alle autorità dello stesso, in violazione del principio di non respingimento, o ad un paese nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio.

In tale ottica, poi, l'agenzia deve tenere conto delle particolari esigenze dei minori, dei minori non accompagnati<sup>750</sup>, delle persone con disabilità, delle vittime della tratta di

---

<sup>747</sup> Art. 21, par. 4: “Nello svolgimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze, i membri delle squadre rispettano pienamente i diritti fondamentali, compreso l'accesso alle procedure di asilo, e la dignità umana. Qualsiasi misura che essi adottino nello svolgimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze deve essere proporzionata agli obiettivi perseguiti dalla misura stessa. Nello svolgimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze essi non discriminano le persone in base al sesso, alla razza o all'origine etnica, alla religione o alle convinzioni personali, alla disabilità, all'età o all'orientamento sessuale”.

<sup>748</sup> Art. 36: “L'Agenzia adotta le iniziative necessarie al fine di assicurare la formazione del personale coinvolto in compiti attinenti ai rimpatri che farà parte delle riserve di cui agli articoli 29, 30 e 31. L'Agenzia assicura che il proprio personale e tutti i membri del personale che partecipano alle operazioni di rimpatrio e agli interventi di rimpatrio, abbiano ricevuto una formazione sul pertinente diritto dell'Unione e internazionale, compresi i diritti fondamentali e l'accesso alla protezione internazionale, prima di partecipare alle attività operative organizzate dall'Agenzia (...) L'Agenzia crea e sviluppa un programma comune di base per la formazione delle guardie di frontiera e offre formazione a livello europeo per gli istruttori delle guardie di frontiera nazionali degli Stati membri, anche in materia di diritti fondamentali, di accesso alla protezione internazionale e per quanto riguarda il pertinente diritto del mare. Il programma comune di base mira a promuovere gli standard più elevati e le migliori prassi nell'attuazione della normativa dell'Unione in materia di gestione delle frontiere. L'Agenzia redige il programma comune di base previa consultazione del forum consultivo e del responsabile dei diritti fondamentali. Gli Stati membri integrano tale programma comune di base nei corsi di formazione organizzati per le rispettive guardie di frontiera nazionali e il personale che partecipa a compiti attinenti ai rimpatri”.

<sup>749</sup> Art. 34, par. 1: “La guardia di frontiera e costiera europea garantisce la tutela dei diritti fondamentali nell'esecuzione dei suoi compiti a norma del presente regolamento in conformità del pertinente diritto dell'Unione, in particolare la Carta, il diritto internazionale pertinente, compresi la convenzione del 1951 relativa allo status di rifugiati e il suo protocollo del 1967, così come degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di non respingimento”.

<sup>750</sup> Art. 35, par. 1: “L'Agenzia, in cooperazione con il forum consultivo, elabora e sviluppa ulteriormente un codice di condotta applicabile a tutte le operazioni di controllo di frontiera coordinate dall'agenzia e da tutti coloro che prendono parte alle attività dell'Agenzia. Il codice di condotta stabilisce procedure intese a garantire i principi dello Stato di diritto e il rispetto dei diritti fondamentali, con particolare attenzione nel caso delle persone vulnerabili, compresi i minori, i minori non accompagnati e altre persone vulnerabili, come anche delle persone che chiedono protezione internazionale”. Il tema della tutela particolare nei confronti dei minori e dei minori stranieri non accompagnati (MSNA) coinvolti nel traffico di migranti è stato preso in esame da svariati autori, in quanto tali soggetti, in particolare i MSNA, sono facile preda delle organizzazioni criminali dedite alla tratta di esseri umani con scopo di

esseri umani, delle persone bisognose di assistenza medica, delle persone bisognose di protezione internazionale, delle persone in pericolo in mare e di chiunque si trovi in una situazione di particolare vulnerabilità<sup>751</sup>.

Sempre con riferimento ai compiti della nuova agenzia, inoltre, occorre ricordare che le attività di coordinamento e assistenza tecnico-operativa degli Stati membri nelle procedure di rimpatrio devono avvenire “nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi generali del diritto dell’Unione e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e diritti dei minori” (art. 27, par. 1). In materia di rimpatri, peraltro, è stato elaborato, tramite raccomandazione (UE) 2017/2338, anche un “codice di condotta” che descrive procedure standard, atte a semplificare l’organizzazione delle operazioni e degli interventi di rimpatrio e a garantire che essi si svolgano in maniera umana e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, quali segnatamente la dignità umana, la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, il diritto alla libertà e alla sicurezza e il diritto alla protezione dei dati personali, e la non discriminazione<sup>752</sup>.

Giungendo ora all’aspetto che principalmente attiene al presente lavoro, ossia le operazioni congiunte alle frontiere esterne, si è visto nel precedente capitolo che il direttore esecutivo di FRONTEX e lo Stato membro ospitante, in consultazione con gli Stati membri partecipanti, coordinano un piano operativo – vincolante per l’agenzia, lo Stato membro ospitante e gli Stati membri partecipanti ai sensi dell’art. 16, par. 3 – che definisce nel dettaglio gli aspetti organizzativi e procedurali dell’operazione congiunta. Esso, inoltre, include una descrizione dei compiti e delle responsabilità anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali (par. 3, lett. d), nonché uno schema di relazioni e valutazioni contenente i parametri per la relazione di valutazione, anche per quanto riguarda la protezione dei diritti fondamentali (par. 3, lett. i).

---

induzione alla prostituzione, sfruttamento lavorativo e, nei casi più gravi, traffico di organi. Per un approfondimento sul tema, si rimanda a A. T. GALLAGHER, F. DAVID, *op. cit.*, v. sopra nota 17.

<sup>751</sup> Art. 34, par. 3: “Nell’esecuzione dei suoi compiti, la guardia di frontiera e costiera europea tiene conto delle particolari esigenze dei minori, dei minori non accompagnati, delle persone con disabilità, delle vittime della tratta di esseri umani, delle persone bisognose di assistenza medica, delle persone bisognose di protezione internazionale, delle persone in pericolo in mare e di chiunque si trovi in una situazione di particolare vulnerabilità”.

<sup>752</sup> Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione, del 16 novembre 2017, che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell’espletamento dei compiti connessi ai rimpatri, in GU L 339, del 19 dicembre 2017, pp. 83-159.

Vi sono poi i casi di cooperazione tecnica e operativa tra Stati membri e paesi terzi, che FRONTEX agevola e incoraggia ai sensi dell'art. 54, nell'ambito dei quali il rispetto dei diritti fondamentali è garantito dall' "accordo sullo status", da concludersi, ai sensi dell'art. 54, par. 4, tra l'Unione e il paese terzo interessato con riguardo a tutti gli aspetti di esecuzione delle attività. La scelta dei paesi terzi con cui cooperare, tuttavia, è soggetta al requisito, stabilito dall'art. 55, che i funzionari di collegamento dell'EBCGA siano impiegati "unicamente nei paesi terzi le cui prassi in materia di gestione delle frontiere sono conformi alle norme minime di protezione dei diritti umani". È innegabile, tuttavia, e sul punto si ritornerà nei successivi paragrafi, che tale clausola di condizionalità, chiaramente stabilita sulla carta, non sia sempre rispettata nella prassi.

Ancora una volta, dunque, sorge spontaneo chiedersi se, una volta stabilito che i diritti fondamentali debbano essere rispettati, l'EBCGA si sia dotata di un *meccanismo* di controllo per verificarne una tutela effettiva e se, in caso di violazioni, una definitiva metodologia di ripartizione delle responsabilità sia stata infine stabilita.

#### 4.5.3.1 Il meccanismo di controllo dell'ECGBA

Per quanto attiene alla prima questione, gli artt. 34 e 35 del regolamento 2016/1624 predispongono predisposti i parametri normativi di base in relazione ai quali dovrebbero operare alcuni strumenti di monitoraggio interni alla stessa agenzia. Nello specifico, l'art. 70 ristabilisce il "forum consultivo sui diritti fondamentali", già istituito dal *Frontex Management Board* nel settembre 2012<sup>753</sup>, il quale assiste il direttore esecutivo e il consiglio di amministrazione in questioni legate alla tutela dei diritti fondamentali, garantendo loro una consulenza indipendente. Il forum, nell'esercizio delle proprie funzioni, dispone di un accesso effettivo a tutte le informazioni riguardanti il rispetto dei diritti fondamentali, anche mediante visite *in loco* effettuate durante le operazioni congiunte o gli interventi rapidi alle frontiere con l'accordo dello Stato membro ospitante, nonché presso i punti di crisi o durante le operazioni e gli interventi di rimpatrio.

Contestualmente, è stata inoltre istituita un'altra figura indipendente, incaricata di

---

<sup>753</sup> Maggiori informazioni sono reperibili sul sito [frontex.europa.eu](http://frontex.europa.eu). Si veda, in particolare, FRONTEX, *Fifth Annual Report. Frontex Consultative Forum on Fundamental Rights*, 2017, in [frontex.europa.eu](http://frontex.europa.eu).

contribuire alla strategia dell'Agenzia in materia di diritti fondamentali, di monitorare la conformità a tali diritti e di promuovere il rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Agenzia, riferendo direttamente al consiglio di amministrazione e collaborando con il forum consultivo<sup>754</sup>.

Oltre alla figura appositamente predisposta al controllo sull'effettivo rispetto dei diritti umani, anche altri organi dell'Agenzia esercitano, seppure *a latere*, tale funzione. Il funzionario di coordinamento, ai sensi dell'art. 22, par. 3, lett. b, è incaricato di monitorare la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della corretta attuazione del piano operativo, riferendo all'Agenzia in merito. Il direttore esecutivo, poi, se ritiene che vi siano violazioni dei diritti fondamentali o degli obblighi in materia di protezione internazionale di natura grave o destinate a persistere, dopo aver consultato il responsabile dei diritti umani e informato lo Stato membro interessato, ha il potere di revocare il finanziamento di un'operazione congiunta, o un intervento rapido alle frontiere, un progetto pilota, il dispiegamento di squadre di sostegno per la gestione della migrazione, un'operazione di rimpatrio, un intervento o un accordo operativo di rimpatrio, oppure sospendere o cessare, interamente o parzialmente, tali attività, a norma dell'art. 25, par. 4, del regolamento istitutivo.

Infine, a norma dell'art. 7 del regolamento, l'Agenzia risponde del proprio operato al parlamento europeo e al Consiglio.

Oltre agli organi di controllo di cui si è appena trattato, particolare menzione merita il meccanismo di denuncia individuale, istituito il 6 ottobre 2016 dal direttore esecutivo dell'Agenzia, in consultazione con il responsabile per i diritti fondamentali e in conformità con l'art. 72 del regolamento, con lo scopo di monitorare e assicurare il rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito delle attività svolte da FRONTEX<sup>755</sup>. Può presentare denuncia “qualsiasi persona che sia direttamente interessata dalle azioni del personale che partecipa a un'operazione congiunta, a un progetto pilota, a un intervento rapido alle frontiere, al dispiegamento di squadre di sostegno per la gestione

---

<sup>754</sup> Ai sensi dell'art. 71 del Regolamento, il “responsabile per i diritti umani” viene scelto dal consiglio di amministrazione tra figure che possiedano le qualifiche e l'esperienza necessarie nel settore dei diritti fondamentali. Il regolamento 2016/1624 non chiarisce quale sia la durata del mandato del responsabile per i diritti umani; nel 2012, ha assunto la carica di *Human Rights Officer* Inmacolada Arnaez Fernandez, avvocato in Spagna con 15 anni di esperienza in materia di diritto umanitario, relazioni internazionali e diritti umani.

<sup>755</sup> Art. 72, par. 1: L'Agenzia, in collaborazione con il responsabile dei diritti fondamentali, adotta le misure necessarie a istituire un meccanismo di denuncia in conformità al presente articolo, inteso a monitorare e assicurare il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le attività dell'Agenzia.

della migrazione, a un'operazione di rimpatrio o a un intervento di rimpatrio, e che ritenga di essere stata oggetto di una violazione dei suoi diritti fondamentali”<sup>756</sup>. Le denunce, che devono essere presentate in forma scritta, mediante un modulo reperibile sul sito web di FRONTEX, vengono affidate alla competenza del responsabile dei diritti umani, il quale ha il compito di registrare le denunce ricevibili, inoltrarle al direttore esecutivo, trasmetterle, se riguardanti il personale delle squadre, allo Stato membro di appartenenza, informare l'autorità o l'organo competente in materia di diritti fondamentali di uno Stato membro, nonché registrare e assicurare il seguito dato alla denuncia dall'Agenzia o da detto Stato membro (art. 7, par. 4).

Il meccanismo di denuncia individuale, tuttavia, presenta alcune criticità, a partire dalla difficoltosa accessibilità che è stata rilevata anche dalla Commissione già nella sua seconda relazione operativa, in cui sottolineava la necessità che FRONTEX incrementasse la divulgazione delle informazioni a proposito<sup>757</sup>.

Un secondo aspetto problematico riguarda le condizioni di ricevibilità o ammissibilità delle denunce, dal momento che “solo le denunce comprovate riguardanti violazioni concrete dei diritti fondamentali sono ricevibili” (art. 72, par. 3). Come notano alcuni autori a tal proposito<sup>758</sup>, innanzitutto, l'onere della prova, almeno per quanto riguarda le operazioni alla frontiera, è estremamente gravoso per persone che vengono rinviate verso un Paese terzo e che dovrebbero riuscire a trarre elementi probatori concreti a sostegno della propria denuncia. Per quanto attiene alle condizioni di ricevibilità in senso stretto, d'altra parte, la previsione di cui all'art. 72 non fornisce dettagli specifici, e si potrebbe pertanto fare riferimento all'orientamento giurisprudenziale secondo cui, al fine di garantire la certezza del diritto e una corretta amministrazione della giustizia nella valutazione della ricevibilità di un ricorso, è necessario che gli elementi essenziali di fatto e di diritto sui quali esso è fondato emergano, anche solo sommariamente, purché in modo coerente e comprensibile, dall'atto introduttivo stesso<sup>759</sup>.

---

<sup>756</sup> Art. 72, par. 2.

<sup>757</sup> Seconda relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulle attività volte a rendere pienamente operativa la guardia di frontiera e costiera europea, COM (2017)201, def. del 2.3.2017, pp. 10-11.

<sup>758</sup> Cfr. M. GUIDI, *La nuova guardia costiera e di frontiera europea*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, 2018.

<sup>759</sup> Si veda, in tal senso, la giurisprudenza consolidata del Tribunale dell'UE, ribadita recentemente in *PG c. Frontex*, causa T-583/16, sentenza del 17 maggio 2017.

Il sito web di FRONTEX, purtroppo, non fornisce informazioni riguardo alle denunce presentate, né tantomeno circa il loro esito. Gli unici dati disponibili sono ricavabili da una relazione della Commissione europea del 2017, dalla quale emerge che, a metà gennaio 2017, era stata presentata all'Agenzia una sola denuncia, di cui, però, l'esito resta ad oggi sconosciuto<sup>760</sup>. La scarsa trasparenza circa l'esito delle denunce, a parere di chi scrive, rende il meccanismo poco efficace ed entra in contraddizione con gli obiettivi della Commissione. Questa, nella medesima relazione, dichiarava che, nel 2017, la responsabile per i diritti umani avrebbe dovuto essere dotata personale supplementare, che la sostenesse nei suoi compiti: anche in tal caso, è impossibile reperire informazioni al riguardo.

Una volta chiarito quanto prevede l'ECGBA, almeno formalmente, in materia di tutela e controllo dei diritti fondamentali nell'ambito delle sue operazioni, occorre volgere lo sguardo ad un aspetto ancora più critico, ossia la suddivisione delle responsabilità tra Agenzia e Stati membri nel caso tali violazioni vengano accertate.

#### 4.5.3.2 La suddivisione delle responsabilità tra ECGBA e Stati membri nella gestione delle frontiere esterne

Con il regolamento 2016/1624 si è avuto un tentativo di chiarire meglio i profili di *accountability* dell'Agenzia: all'art. 5, è prevista una "responsabilità condivisa tra l'Agenzia e le autorità nazionali preposte alla gestione delle frontiere, comprese le guardie costiere". Emerge, tuttavia, dalle disposizioni nel complesso che, di fatto, gli Stati membri mantengono la responsabilità primaria nella gestione delle loro sezioni di frontiera esterna e devono provvedervi nel proprio interesse e nell'interesse comune di tutti gli Stati membri, nel pieno rispetto del diritto dell'Unione e in stretta cooperazione con l'Agenzia<sup>761</sup>. L'ECGBA, d'altra parte, sostiene l'applicazione delle misure dell'Unione relative alla gestione delle frontiere esterne "potenziando, valutando e coordinando gli interventi degli Stati membri" nell'attuazione di tali misure, nonché nel rimpatrio.

Inoltre, l'ECGBA, nel caso di operazioni di ricerca e soccorso collaterali alle

---

<sup>760</sup> Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulle attività volte a rendere pienamente operativa la guardia di frontiera e costiera europea, COM (2017) 47 final, Bruxelles, 25 gennaio 2018.

<sup>761</sup> Considerando 17 del regolamento.



operazioni marittime di sorveglianza delle frontiere, continua a svolgere il ruolo di assistenza tecnica e operativa a sostegno degli Stati membri e dei Paesi terzi. In queste circostanze, pertanto, sembrerebbe che la responsabilità per violazioni dei diritti umani, o per eventuali danni causati alle persone intercettate in mare, sia imputabile allo Stato membro ospitante o partecipante che, nella maggior parte dei casi, è rappresentato dallo Stato della nave della Guardia costiera operante.

Se il caso di violazione può dirsi risolto in tal senso, più complessa appare la situazione in cui debba essere attribuita una responsabilità per omissione nella ricerca e salvataggio in mare. Se da un lato, infatti, dato che l'obbligo di prestare soccorso in mare ha natura, oltre che pattizia, anche di diritto consuetudinario, gli Stati coinvolti nelle operazioni coordinate dall'Agenzia hanno il dovere di adempiervi, dall'altro anche in questo caso non risulta dal regolamento se, e in che misura, l'Agenzia sia da considerarsi colpevole in caso di omissione di soccorso.

Il regolamento, dunque, non accenna a specifiche ipotesi di responsabilità diretta in capo a FRONTEX, ma alcune violazioni dei diritti fondamentali, quale, tra gli altri, il diritto alla protezione dei dati personali, potrebbero essere imputabili esclusivamente allo staff di FRONTEX (artt. 45-50 del regolamento). Infatti, ai sensi dell'art. 47, l'ECGBA può trattare solo alcuni dati personali, e soltanto nei casi specifici previsti dall'art. 47 par. 2, ed esclusivamente per gli scopi elencati all'art. 46. In particolare, è espressamente vietata la trasmissione dei dati personali ad autorità di Paesi terzi o terze parti; ai sensi dell'art. 50, specifiche norme di sicurezza vanno applicate nel trattamento di informazioni classificate o informazioni sensibili non classificate; ex art. 52, par. 4, la Commissione, le altre istituzioni dell'Unione, il Servizio europeo per l'azione esterna e le altre agenzie dell'unione coinvolte nel controllo delle frontiere e nel contrasto al traffico di migranti usano le informazioni ricevute da FRONTEX esclusivamente entro i limiti delle loro competenze.

#### **4.6 Il controllo extraterritoriale delle migrazioni: le violazioni dei diritti umani alla luce degli accordi tra Unione europea e Paesi terzi**

In conclusione del terzo capitolo sono stati presi in esame gli accordi che l'Unione europea, per quanto riguarda l'addestramento della Guardia costiera libica, e l'Italia, con il *Memorandum of Understanding*, hanno stipulato con la Libia. Come anticipato, è palese che lo scopo ultimo di questi accordi è quello di far svolgere tutte le misure

di contrasto allo Stato terzo, evitando il coinvolgimento diretto degli Stati europei in attività lesive dei diritti umani.

L'adozione di tali politiche si lega al concetto di "esternalizzazione dei confini", che da sempre è strettamente connesso alla necessità degli Stati di rendere sicure le proprie frontiere nelle aree di migrazione<sup>762</sup>. Tale concetto è stato dapprima usato in relazione alle richieste d'asilo e associato alla proposta del Governo britannico del marzo 2003 di creare dei centri di transito in cui analizzare le domande d'asilo al di fuori dell'Europa<sup>763</sup>: al fine di evitare l'ingresso illegale dei migranti in Europa, la Gran Bretagna suggeriva di stabilire delle "zone protette nei Paesi terzi nelle quali poter trasferire i richiedenti asilo che arrivavano negli Stati membri dell'Unione europea, in modo che le loro richieste potessero essere valutate".

In un secondo momento il principio è stato applicato alle politiche migratorie in generale, in riferimento al tentativo dell'UE di "proiettare" i propri confini territoriali negli Stati e regioni circostanti esportandovi le proprie politiche migratorie e d'asilo. Questo procedimento è stato definito da alcuni autori "politica a distanza", in quanto i meccanismi di controllo dei confini statali sono esercitati al di fuori dei confini dello stato attraverso professionisti della sicurezza internazionale.

Oltre ai summenzionati accordi *ad hoc*, il processo di esternalizzazione include un'ampia gamma di politiche differenti: un esempio calzante è la riammissione di migranti e richiedenti asilo in presunti Paesi terzi sicuri, al di fuori dell'Unione europea, attraverso i quali i profughi hanno transitato. A tal proposito sono giunte diverse critiche di studiosi e organizzazioni in difesa dei diritti umani, che ritengono tali politiche uno scarico di responsabilità da parte dell'Europa nei confronti dei Paesi terzi.

Giungendo agli accordi tra Italia e Libia, già con il Trattato del 2008, l'Italia aveva adottato misure di finanziamento che relegavano in minima parte la responsabilità dell'Italia nel controllo dei confini libici. L'Italia, infatti, collaborava così semplicemente nel rafforzamento delle già esistenti forze di polizia e dell'apparato di sicurezza libici.

Per quanto riguarda i respingimenti di migranti in mare, accertati dalla Corte EDU nel caso *Hirsi*, l'Italia aveva trasferito alla Libia la responsabilità di provvedere

---

<sup>762</sup> Cfr. P. CUTTITA, *Segnali di confine*, Milano, 2007.

<sup>763</sup> Cfr. E. PAOLETTI, *The Migration of Power and North-South inequalities. The case of Italy and Libya*, Londra, 2011.

all'assistenza dei migranti intercettati.

Sebbene, inoltre, la pratica di controllo delle frontiere fosse nelle mani della Libia, l'Italia aveva predisposto un ufficio di rappresentanza del Ministro dell'interno in Libia. In questo modo essa contribuiva all'esportazione di tecniche di sorveglianza e competenze alla Libia, in modo da favorire lo scambio di informazioni sensibili per la sicurezza sul piano bilaterale.

Ora sulla base di quanto finora affermato, occorre notare che il *Memorandum of Understanding* stipulato tra Italia e Libia si spinge ancora più in là in direzione di una completa "esternalizzazione" dei confini, tanto che alcuni autori arrivano a parlare di *contactless control* dell'immigrazione irregolare<sup>764</sup>.

#### 4.6.1 Il Memorandum of Understanding Italia-Libia: possibile configurare la complicità degli Stati per violazione dei diritti umani?

Quanto detto finora assume particolare rilevanza con riferimento al ricorso da poco presentato alla Corte europea dei diritti umani da parte del Global Legal Action Network in collaborazione con l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, l'università statunitense di Yale e l'Arci, basato sulle testimonianze dei sopravvissuti al naufragio di un barcone avvenuto il 6 novembre 2017, nel quale affogarono 20 migranti.

Sei mesi dopo tale naufragio, il 3 maggio, insieme ad altri sedici sopravvissuti E. ha presentato un ricorso contro l'Italia alla Corte europea dei diritti umani (CEDU) accusando la stessa di aver messo a repentaglio la sua vita, di aver ritardato i soccorsi affidandoli alla guardia costiera libica e di aver "respinto per procura" 47 migranti attraverso l'azione della motovedetta libica, donata a Tripoli da Roma nel maggio del 2017, come previsto dal Memorandum d'intesa firmato dai due paesi.

Dei 17 migranti che hanno presentato il ricorso infatti, quindici sono stati portati in Italia e due sono stati respinti in Libia dove sono stati portati in un centro di detenzione a Tagiura. Per due mesi sono stati sottoposti a violenze, abusi, torture, estorsioni e stupri, sono stati venduti e sono stati torturati con l'elettricità. Infine i due hanno chiesto di partecipare ai programmi di rimpatrio volontario dell'Organizzazione

---

<sup>764</sup> V. MORENO LAX, M. GIUFFRÉ, *The Rise of Consensual Containment: From "Contactless" Control to "Contactless" Responsibility for Forced Migration Flows*, in S. Juss (eds), *Research Handbook on International Refugee Law*, 2017, reperibile su [papers.ssrn.com](http://papers.ssrn.com).

mondiale dell'immigrazione (OIM) e sono stati riportati dalla Libia a Benin City, in Nigeria, il loro paese d'origine.

Secondo i sopravvissuti e il collegio di avvocati ed esperti che li hanno seguiti nel ricorso alla CEDU, il governo italiano sarebbe legalmente responsabile dei “respingimenti per procura” operati dalla guardia costiera libica, che violano numerosi articoli della Convenzione. L'Italia, infatti, ha donato le motovedette alla guardia costiera libica e ha finanziato la formazione dei guardacoste in seguito all'accordo firmato con Tripoli a febbraio 2017. Gli italiani hanno coordinato, infine, attraverso la centrale operativa della guardia costiera di Roma gli interventi che hanno avuto come conseguenza il respingimento dei migranti in Libia.

Gli avvocati dell'Associazione studi giuridici sull'immigrazione (ASGI) sostengono che l'Italia avrebbe una responsabilità nell'evento che ha prodotto una serie di violazioni dei diritti umani fondamentali. In particolare, sarebbe stato violato il diritto alla vita, perché tutti i ricorrenti erano in una situazione di potenziale o effettiva perdita della propria vita. Si sarebbe verificata, inoltre, una violazione dell'articolo 3 CEDU. A perorare la propria causa, i ricorrenti chiamano in causa la sentenza *Hirsi*, facendo leva sulla c.d. responsabilità “per procura” dell'Italia, in quanto tutto sarebbe avvenuto sotto il controllo e il coordinamento delle autorità italiane. La chiamata di emergenza era arrivata alla centrale operativa della guardia costiera italiana, che alle 6 del mattino ha chiamato la nave dell'ong *Sea Watch*, *Sea Watch 3*, per chiedere d'intervenire. Quindi l'Italia aveva la responsabilità che le persone soccorse non subissero violazioni. Inoltre, da un punto di vista più generale, l'Italia avrebbe messo Tripoli nelle condizioni di fare questi respingimenti per procura, donando le motovedette, formando i guardacoste e coordinando i libici da una nave della marina che è di stanza a Tripoli.

Il riferimento al caso *Hirsi*, tuttavia, appare inadeguato, dal momento che, nel 2012, l'Italia aveva operato direttamente con le navi della Marina Militare italiana, mentre in questo caso avrebbe agito attraverso l'intervento della guardia costiera libica, e risulterebbe quantomeno complicato radicare la giurisdizione italiana sulle motivazioni addotte dai ricorrenti.

Sul piano del diritto internazionale, la domanda che ci si potrebbe porre, piuttosto, è se, come sostenuto da alcuni autori<sup>765</sup>, il supporto dato agli Stati terzi – attraverso la

---

<sup>765</sup> F. DE VITTOR, *op. cit.*, v. sopra nota 735, p. 20 e ss..

fornitura di mezzi militari idonei al controllo delle proprie frontiere e al rimpatrio di coloro che tentano di partire, la formazione delle forze di polizia al fine di rendere più efficace l'azione repressiva e preventiva dell'emigrazione, il finanziamento della costruzione di centri di detenzione per migranti – comporti, in relazione alle violazioni di diritti umani che da tale cooperazione consegue, una responsabilità per complicità degli Stati membri dell'Unione, ai sensi dell'art. 16 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati, o, nel caso di atti imputabili all'Unione europea, dell'art. 14 degli Articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali.

Ora, affinché tale tipo di responsabilità possa configurarsi, sono necessarie tre condizioni: che lo Stato che presta l'aiuto sia consapevole delle circostanze che rendono il comportamento dello Stato assistito internazionalmente illecito; che l'aiuto o l'assistenza siano prestati con l'intento di facilitare la commissione dell'atto illecito, e lo abbiano effettivamente facilitato; che l'atto sarebbe illecito anche se commesso dallo Stato che presta l'aiuto, ossia che l'illecito costituisca una violazione di una norma vincolante per entrambi gli Stati. Inoltre, è opinione condivisa da diversi autori che la complicità possa ricondursi alla cooperazione basata su accordi anche meno formali, come appunto i *MoU*, tra Stati o tra Stati e agenzie<sup>766</sup>.

Ritornando alle condizioni che qualificano la complicità per violazioni dei diritti umani, per quanto attiene al primo punto, vi sono svariati elementi a testimonianza del fatto che l'Italia, così come l'Unione europea, fosse, e sia tuttora, a conoscenza delle violazioni dei diritti umani che sono avvenute e tuttora avvengono sul territorio libico. Tale situazione, infatti, non solo è stata documentata da molteplici rapporti e denunce di organizzazioni non governative<sup>767</sup>, ma anche da relazioni di diverse istituzioni internazionali.

Rilevante, poi, è il discorso pronunciato dal Procuratore della Corte Penale Internazionale, nel maggio 2017, la quale ha segnalato, davanti al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, il peggioramento della situazione in Libia e il rischio del ritorno ad un conflitto su larga scala, che favorirebbe la commissione di crimini contro la popolazione civile. Nello stesso discorso, poi, il Procuratore ha ripreso quanto già annunciato dall'UNSC nelle risoluzioni 2240 e 2312, ossia che il traffico e

---

<sup>766</sup> Sul punto, si vedano V. LANOVY, *Complicity and its Limits in the Law of International Responsibility*, Portland, 2016, p. 178 e ss.

<sup>767</sup> Tra le altre, si veda Amnesty International, *Libya's Dark Web of Collusion*, 11 dicembre 2017, reperibile su *amnesty.org*.

la tratta di esseri umani verso, attraverso e dalla Libia contribuiscono ad esacerbare il clima di insicurezza nel Paese e possono costituire fonti di finanziamento per reti criminali transnazionali, organizzazioni terroristiche e milizie irregolari<sup>768</sup>.

Un indice di consapevolezza ancora più palese, poi, deriva dal Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo, emesso dal Tribunale di Ragusa<sup>769</sup>, in risposta al decreto del 27 marzo 2018 del Giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Catania, di convalida e di sequestro preventivo della Motonave “Open Arms”. Il caso nasce dal rifiuto da parte della nave Open Arms, della Ong Proactiva Open Arms, di delegare il soccorso di 218 migranti, in acque internazionali, al largo delle coste libiche, alla Guardia Costiera libica, come richiesto dall’IMRCC di Roma. Il GIP, con una decisione innovativa, una volta considerato che “le operazioni SAR di soccorso non si esauriscono nel mero recupero in mare dei migranti, ma devono completarsi e concludersi con lo sbarco in un luogo sicuro” e che “secondo la risoluzione 1821(2018) dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa la nozione di luogo sicuro comprende necessariamente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse”, ha ritenuto, sulla base delle prove allegate dalla difesa<sup>770</sup>, che la Libia sia ancora un “luogo in cui avvengono gravi violazioni dei diritti umani” e che non vi sia prova del fatto che “si sia pervenuti in Libia o in porzioni del suo territorio ad un assetto accettabile di protezione dei migranti soccorsi in mare e ivi riammessi, mediante la costituzione di idonei POS” (p. 14 della decisione). Non vi sono dubbi, dunque, sul fatto che l’Italia sia a conoscenza delle violazioni che quotidianamente avvengono sul territorio libico, e alle quali i migranti sono sottoposti.

Quanto alla condizione per cui la norma violata debba essere vincolante per tutti gli attori coinvolti, si rileva che gran parte delle norme a tutela dei diritti umani che vengono violati hanno valore consuetudinario, a partire dal divieto di tortura o trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, se è vero che la Libia non ha mai ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951, il principio del *non refoulement*, come già

---

<sup>768</sup> *Statement of ICC Prosecutor to UNSC on the Situation in Libya*, 8 maggio 2017, par. 3.

<sup>769</sup> Tribunale di Ragusa, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo, n. 1216 – 1282/18 R.G.N.R.; n. 1182/18 R.G. GIP.

<sup>770</sup> La sentenza fa riferimento al rapporto di Amnesty International e al documento conclusivo della Commissione Difesa del Senato della Repubblica del 2017 sull’indagine conoscitiva sul contributo dei militari italiani ai flussi migratori nel mediterraneo e sull’impatto dell’attività delle organizzazioni non governative, nel quale si parla di “terribili condizioni che i migranti si trovano a vivere durante la permanenza sul suolo libico”.

precisato in precedenza, è riconosciuto come norma di diritto consuetudinario dalla comunità internazionale.

Più complesso dal punto di vista probatorio, invece, appare il requisito secondo cui debba sussistere la volontà, da parte dello Stato complice, di facilitare la commissione dell'atto illecito; si potrebbe ritenere, infatti, che l'Italia, il cui scopo è quello di contrastare il traffico di migranti e di controllare i flussi migratori, non abbia alcuna intenzione di violare i diritti fondamentali dei migranti, a maggior ragione dato l'inserimento negli accordi di clausole esplicitamente volte a garantire il rispetto dei diritti umani. Tuttavia, è condivisibile il parere di alcuni autori secondo cui – stante la formulazione piuttosto vaga delle disposizioni contenute nell'Accordo, e il fatto che non vi sia un meccanismo di controllo o sanzionatorio per la violazione di tali norme – si potrebbe ritenere che il livello di consapevolezza della situazione nei Paesi terzi con i quali questi accordi sono conclusi sia tale che l'aiuto volto alla delega extraterritoriale del controllo della migrazione costituisca un atto deliberato che, pur non essendo specificamente volto alla commissione dell'illecito, lo accetta come probabile conseguenza<sup>771</sup>.

---

<sup>771</sup> Cfr. F. DE VITTOR, *op. cit.*, v. sopra nota 728, p. 20 e ss.; V. LANOVY, *Complicity in International Wrongful Act*, in *SHARES Research Paper*, n. 38, 2014, p. 17, reperibile su [www.sharesproject.nl](http://www.sharesproject.nl); P. PALCHETTI, *State Responsibility for Complicity in Genocide*, in P. GAETA (eds.), *The UN Genocide Convention – A Commentary*, Oxford, 2009, p. 347.





## CONCLUSIONI

L'impulso allo svolgimento della presente ricerca è nato dalla sentita necessità di inquadrare a livello giuridico le azioni adottate dagli Stati nel contrasto al traffico di migranti, le quali sono culminate, a livello europeo, con il dispiegamento di EUNAVFOR MED Operazione *Sophia* nel Mediterraneo centrale.

È risultato necessario, *in primis*, fare chiarezza sul concetto di *smuggling* di migranti che, sebbene ampiamente ripetuto su scala nazionale ed internazionale, di fatto ancora racchiude, nella sua specificità, diverse zone d'ombra, essenzialmente relative a tre aspetti: la definizione; le modalità di contrasto effettivo; e le ripercussioni che le attività di contrasto hanno sui diritti umani dei migranti oggetto di traffico.

Tirando ora le somme dei risultati raggiunti, l'analisi dei molteplici aspetti che, intersecandosi, entrano in gioco nel contrasto al traffico di migranti via mare – e che ancor più rilevano in relazione alla natura peculiare dell'Operazione *Sophia* – da un lato, ha portato a dirimere alcune questioni giuridiche essenziali, ma, dall'altro, ha fatto emergere alcune criticità e ha lasciato aperti alcuni dubbi sui quali forse soltanto il tempo e l'evoluzione del diritto internazionale potranno dare delle valide risposte. In aggiunta a questo, occorre considerare che è stato possibile affrontare talune questioni giuridiche solo sul piano delle ipotesi, a causa della segretezza del piano operativo e delle regole di ingaggio dell'Operazione *Sophia*.

Sul piano degli strumenti giuridici di diritto internazionale specificamente rivolti al contrasto allo *smuggling* di migranti, di cui si è parlato nel primo capitolo, si è rilevato che, nonostante la chiara definizione adottata dai Protocolli, nella prassi permangono rilevanti criticità nella distinzione tra le fattispecie di traffico di migranti e tratta di esseri umani. Tale indeterminatezza, che peraltro si esplica anche nell'erroneo utilizzo dei termini a livello socio-politico, si ripercuote sull'effettiva tutela delle vittime. Inoltre, sebbene il Protocollo *smuggling* richieda agli Stati di garantire protezione ai migranti “a rischio”, il grado di assistenza che gli Stati dovrebbero fornire è tutt'altro che definito, risolvendosi la disposizione nell'obbligo di adottare “*appropriate measures to afford migrants appropriate protection*”, laddove il termine *appropriate* non chiarisce nemmeno per chi e che cosa. È chiaro, infatti, che nella prassi difficilmente un migrante, soprattutto se non riconducibile a un gruppo vulnerabile come possono essere donne e bambini, in particolare se provenienti da Paesi generalmente riconosciuti come terreno fertile per la tratta (ex. donne e bambine

provenienti dalla Nigeria) possa godere delle misure di protezione e assistenza che sono invece riservate alle vittime accertate di tratta, in particolare sotto il profilo medico, psicologico e sociale.

Una volta superate le problematiche di pura definizione e aver analizzato gli strumenti messi a disposizione dal Protocollo per favorire la cooperazione tra Stati nel contrasto al traffico, ci siamo soffermati sulle questioni che specificamente riguardano la tipologia di *smuggling* su cui abbiamo deciso di concentrarci, ossia il traffico via mare. Ripercorrendo le norme di diritto del mare che rilevano nel dispiegamento delle operazioni di contrasto, sono state messe in luce le annose questioni relative all'identificazione della zona contigua, in generale, e di quella italiana, in particolare, alla luce della giurisprudenza recente delle Corti italiane in materia di esercizio della giurisdizione dell'Italia su navi straniere coinvolte, o sospettate di essere coinvolte, nel reato di *smuggling*. La mancanza, all'interno dell'UNCLOS, di una definizione chiara di come gli stati debbano provvedere a istituire la propria zona contigua ha lasciato ampio spazio alla discrezionalità degli Stati. Un esempio, tra gli altri, è l'Italia, la cui reticenza a stabilire una zona contigua ben definita ha prodotto una giurisprudenza altalenante e poco uniforme sul tema. Strettamente connesso a tale aspetto, poi, è il diritto di inseguimento, nonché la c.d. "presenza costruttiva", che diversi autori considerano – e noi ci sentiamo di sostenere tale ipotesi – quale istituto del primo.

Le criticità legate all'esercizio della giurisdizione su navi sospettate di traffico, tuttavia, è stata in parte superata mediante l'adozione del Protocollo – che ovviamente ha valore solo per gli Stati che ne fanno parte – e, nell'ambito specifico dell'Unione europea, attraverso i poteri di *law enforcement*, in deroga all'UNCLOS, che sono stati attribuiti agli Stati parte di EUNAVFOR MED attraverso la ris. 2240(2015) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Tuttavia, come ampiamente analizzato nel capitolo terzo, il Consiglio di Sicurezza si è mantenuto vago nel disciplinare le azioni che gli Stati possono adottare nei confronti delle navi che non si prestano volutamente alla visita e all'ispezione, adducendo quel principio del "good faith effort" che, ancora una volta, se da un lato lascia maggiore discrezionalità agli Stati, dall'altro rappresenta un pericoloso potere. Quello che ci siamo chiesti, in particolare, è se la risoluzione conferisca agli Stati ulteriori poteri una volta che la nave è stata visitata. Come si è ampiamente discusso al capitolo secondo, infatti, alcuni autori ritengono che una nave priva di bandiera, non essendo sottoposta a giurisdizione di alcuno Stato, sia di conseguenza soggetta alla giurisdizione di tutti gli Stati, il che comprenderebbe

l'esercizio di poteri che vanno oltre il mero diritto di visita; mentre altri negano l'esercizio della giurisdizione universale su navi prive di bandiera, limitando i poteri degli Stati intervenienti alla sola visita al fine di verificarne la bandiera, salvo la facoltà di esercitare poteri coercitivi qualora vi sia un nesso appropriato tra l'atto illecito commesso dalla nave e il diritto interno dello Stato interveniente. D'altra parte, come visto, neanche il Protocollo di Palermo, per quanto faccia intendere, all'art. 8, par. 7, attraverso l'espressione "take appropriate measures" che gli Stati parte di esso possono esercitare sulla nave priva di bandiera sospettata di essere coinvolta nel traffico di migranti poteri che vanno oltre il diritto di visita, non chiarisce quali né in che misura. Stupisce, pertanto, che nemmeno la ris. 2240, che avrebbe potuto sciogliere un nodo interpretativo importante, almeno per quanto attiene alla missione in oggetto, si limiti a invitare gli Stati a ispezionare le navi prive di bandiera che potrebbero essere coinvolte in attività di traffico di migranti, senza definire in modo inequivocabile se e quali poteri coercitivi gli Stati possano esercitare, e in che misura.

Al di là dalle questioni di giurisdizione e dell'esercizio di poteri coercitivi nei confronti dei trafficanti, l'Operazione EUNAVFOR MED è stata analizzata sotto ulteriori aspetti, dal mandato che l'ha istituita alla sua evoluzione, dal maggio 2015 ad oggi. L'interesse per tale operazione nasce dal fatto che essa rappresenta un *unicum* difficilmente inquadrabile sulla scia della prassi precedente, in quanto essa è un'operazione di *law enforcement* che prevede l'attiva collaborazione tra militari e forze di polizia degli Stati membri dell'Unione. Inoltre, come visto, l'operazione rientra a pieno titolo tra gli atti PESC dell'Unione che, come noto, sono soggetti a un regime speciale, ma, d'altra parte, vede coinvolte agenzie dell'Unione che collaborano attivamente al reperimento delle informazioni e al pattugliamento del Mediterraneo centrale.

Ancora più peculiare, poi, risulta il fatto che l'operazione è stata autorizzata *ex post* tramite la risoluzione 2240(2015), la quale deroga ad alcune norme di diritto internazionale, tra cui le norme di diritto del mare di cui si è trattato al capitolo secondo. Tale risoluzione, inoltre, rappresenta il primo caso di autorizzazione a misure coercitive in alto mare, non nei confronti di un Paese specifico, ma per contrastare un'attività criminale. La novità si individua, inoltre, nel fatto che, mentre i testi convenzionali precedentemente analizzati si limitano ad attribuire agli Stati parte la *facoltà* di ispezionare le navi prive di bandiera, la risoluzione ne *raccomanda* espressamente (*calls upon*) l'intervento.

Le modalità di dispiegamento della missione, nonché le politiche messe in atto dall'Unione hanno sollevato dei dubbi circa la tutela dei diritti umani dei migranti trafficati, che nondimeno chiamano in causa la suddivisione delle responsabilità tra gli Stati membri e l'Unione, nonché il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Essendo *Sophia* un'operazione di politica estera dell'Unione, autorizzata tramite una risoluzione del Consiglio di Sicurezza, la questione diviene più complessa sotto il profilo della responsabilità, e chiama in causa la ripartizione di competenze tra Stati membri, Unione europea e ONU.

Dopo aver escluso che l'Unione europea sia da ritenersi responsabile, ai sensi della CEDU, per violazioni di diritti umani nel corso dell'Operazione *Sophia*, abbiamo dovuto tenere presente che tale operazione è stata autorizzata tramite una risoluzione ex Capitolo VII del Consiglio di Sicurezza, e, pertanto, ci siamo chiesti se la responsabilità per eventuali atti contrari ai diritti umani nell'ambito di EUNAVFOR MED potrebbe essere riferibile alle Nazioni Unite.

Trasponendo tali considerazioni alla risoluzione 2240(2015), che autorizza il dispiegamento di EUNAVFOR MED, in caso di violazioni delle garanzie previste dalla CEDU, la questione sembrerebbe risolversi piuttosto facilmente. Come emerge dal testo della risoluzione, ampiamente approfondito al capitolo terzo del presente lavoro, infatti, il CDS non impone agli Stati misure che esplicitamente produrrebbero una violazione delle garanzie previste dalla CEDU. Inoltre, come visto, vi sono talune disposizioni, in materia di ispezione delle navi e trattenimento dei trafficanti, che sono lasciate vaghe nel testo della Risoluzione, e che, pertanto, nella loro applicazione lasciano ampio margine di discrezionalità agli Stati che ne sono parte. Per tali ragioni, è più che plausibile ritenere che, nel momento in cui si verificassero violazioni della Convenzione nell'ambito dell'operazione EUNAVFOR MED, la responsabilità sarebbe riferibile allo Stato che esercita giurisdizione sulla persona ai sensi dell'art. 1 CEDU.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **MONOGRAFIE**

AMALFITANO C., *Unione europea e tutela delle vittime della tratta di esseri umani*, in G. GAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014.

ANTONUCCI A., PAPANICOLOPULU I., SCOVAZZI T. (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016.

ATTARD D. J., *Mediterranean Maritime Jurisdictional Claims: a Review*, in BASEDOW J., MAGNUS U., WOLFRUM R. (eds.), *The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2009&2010*, Berlino, 2012.

BARBAGLI M., *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, 2002.

BENVENUTI P., *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in PINESCHI L. (a cura di), *La tutela internazionale dei Diritti Umani*, Milano, 2006.

BERTINI G., *Diritto del mare e poteri di polizia*, Napoli, 2000.

BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, VII ed., Oxford, 2008.

BURSON B., CANTOR D. J. (eds.), *Human Rights and the Refugee Definition. Coparative Legal Practice and Theory*, Boston-Leiden, 2015.

CANTOR D. J., DURIEUX J. F. (eds.), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Leiden-Boston, 2014.

CARELLA G., *La tratta degli esseri umani*, in G. CARELLA E A., *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

CASSESE A., *Lineamenti di diritto internazionale penale I. Diritto sostanziale*, Bologna, 2005.

CAFFIO F., *Glossario di Diritto del Mare. Diritto e Geopolitica degli Spazi Marittimi*, IV edizione, 2016.

CAMERON I. (ed.), *EU Sanctions: Law and Policy Issues Concerning Restrictive Measures*, Cambridge, 2013.

CAMPESI G., *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, 2015.

CARRERA S., GUILD E. (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, 2016.

CATALDI G., *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990.

CENTER FOR OCEANS LAW AND POLICY, UNIVERSITY OF VIRGINIA, *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: a commentary*, vol. 1, Hingham (US), 1985.

CHURCHILL R. R., LOWE A. V., *The Law of the Sea*, Manchester, 1999.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, X ed., Milano, 2015.

CUTTITTA P., *Segnali di confine*, Milano, 2007.

DE GUTTRY A., *Lo status della nave da guerra in tempo di pace*, Milano, 1994.

DEMBOUR M. B., *Universal Human Rights without Universal Obligations?*, in JOSEPH S., MCBETH A. (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Cheltenham, 2010.

EL QORCHI M., *Informal funds transfer systems: an analysis of the informal Hawala system*, Washington, International Monetary Fund, 2003.

FOCARELLI C., *Lezioni di diritto internazionale*, VIII ed., Napoli, 2010.

FRULLI M., *Le operazioni di peacekeeping delle Nazioni Unite: continuità di un modello normativo*, Napoli, 2012.

GALLAGHER A. T., DAVID F., *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge, 2015.

GAUCI J. P., GIUFFRÉ M., TSOURDI E. L. (eds.), *Exploring the Boundaries of Refugee Law. Current Protection Challenges*, Leiden-Boston, 2015.

GIUDICI C., *Mare Monstrum: migranti, scafisti e trafficati. Cronache della lotta all'immigrazione clandestina*, Milano, 2015.

GIUNGI R., *La giurisdizione sui crimini in alto mare*, Ariccia, 2016.

GOODWIN-GILL G., MCADAM J., *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007.

GUIDI M., *La nuova guardia costiera e di frontiera europea*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, 2018.

GUILFOYLE D., *Shipping interdiction and the Law of the Sea*, Londra, 2009.

HAILBRONNER K., *Non-Refoulement and "Humanitarian Refugees": Customary International law or Wishful Legal Thinking?*, in MARTIN D. (eds.), *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s*, 1986.

HANNUM H., *The Right to leave and Return in International Law and Practice*, Boston, 1987.

HATHAWAY J. H., *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, 2005.

KAMARAN V., in *Dispute Resolution in the Law of the Sea*, Leiden, 2012.

LANOVOY V., *Complicity and its Limits in the Law of International Responsibility*, Portland, 2016, p. 178 e ss.

LAUTERPACHT E., BETHLEHEM D., *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, in FELLER E. et. AL. (eds.), *Refugee Protection in International Law*, 2003.

LEANZA U., *Le attività degli Stati nell'ambito degli spazi liberi*, Roma, 2000.

LEANZA U., *Le Nouveau Droit International de la Mer Méditerranée*, Napoli, 1994.

MALLIA P., *Migrant Smuggling by Sea: Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Leida, 2010.

MANEGGIA A., *'Controllo effettivo' e imputabilità della condotta nella decisione Behrami/Saramati della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in C. FOCARELLI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto internazionale*, Perugia, 2008, p. 167 ss.

MARTHA R. S. J., *The Legal Foundations of Interpol*, II ed., Londra, 2017.

MASTROJENI M., *I limiti spaziali di applicazione della legge penale e i rapporti con giurisdizioni straniere*, in G. DE VERO (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010.

MAURO M. R., *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, 2002.

MCADAM J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007.

MCCLEAN D., *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and Its Protocols*, Oxford, 2007.

MITSILEGAS V., *From National to Global, From Empirical to Legal: The Ambivalent Concept of Transnational Organized Crime*, in BEARE M. E. (ed.), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering and Corruption*, Toronto, 2003.

MITSILEGAS V., *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Londra, 2015.

NASCIMBENE B., DI PASCALE A., *Il contrasto al traffico di migranti*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008.

NANDAN S. N., ROSENNE S., GRANDY N. R., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, D'Ordrecht-Boston-London, 1993.

NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised ed., 2005.

O' CONNELL D. P., *The International Law of the Sea*, Vol. II, Oxford, 1984.

PALCHETTI P., *State Responsibility for Complicity in Genocide*, in P. GAETA (eds.), *The UN Genocide Convention – A Commentary*, Oxford, 2009, p. 347.

PALMISANO G., *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008. p. 53 e ss.

PALMISANO G., *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008.

PAOLETTI E., *The Migration of Power and North-South inequalities. The case of Italy and Libya*, Londra, 2011.

PAPANICOLOPULU I., *Il confine marino: unità o pluralità?*, Milano, 2005.

PAPASTAVRIDIS E., *The Interception of Vessels on the High Seas*, Oxford/Portland, 2013.



PEDROZO R., *International Initiatives to Combat Trafficking of Migrants by Sea*, in MOORE J. N., M. NORDQUIST H. (eds.), *Current Maritime Issues and the International Maritime Organization*, 1999.

POMÉON A., *Frontex and the EBCGA – A Question of Accountability*, Oisterwijk, 2017.

PONTI C., *Crimini transnazionali e diritto internazionale*, Milano, 2010.

ROACH J. A., SMITH R. W., *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, The Hague-Boston-London, 1996.

ROACH J. A., SMITH R. W., *Excessive Maritime Claims*, 3rd ed., Leiden, 2012.

RONZITTI N., *Il passaggio inoffensivo nel mare territoriale e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, Milano, 1985.

RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2009.

RONZITTI N., *Crimini internazionali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, in *Cooperazione tra Stati e giustizia penale internazionale*, Napoli, 1999.

RONZITTI N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, VI ed., Torino, 2017.

ROSENBLUM M., BRICK K., *US Immigration Policy and Mexican/Central American Migration Flows: Then and Now*, Washington, 2011.

RYAN B., *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?*, in RYAN B., MITSILEGAS V. (eds.), *Extraterritorial Migration Control: Legal Challenges*, Leiden, 2010.

SCOVAZZI T., *Elementi di Diritto internazionale del mare*, Milano, 1994.

SHAW N. M., *International Law*, Cambridge, 2008.

TANAKA Y., *The International Law of the Sea*, Cambridge, 2012.

TREVES T., *Il diritto del mare e l'Italia*, Milano, 1995.

TREVISANUT S., *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

UNHCR in collaborazione con SPRAR, ASGI, ANCI, Ministero dell'Interno, *La tutela dei richiedenti asilo. Manuale giuridico per l'operatore*, in [www.serviziocentrale.it](http://www.serviziocentrale.it).

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

VLASSIS D., *The UN Convention against Transnational Organized Crime*, in M. R. BERDAL, M. SERRANO (a cura di), *Transnational Organized Crime and International Security: Business as Usual?*, London, 2002.

VUKAS B., *The Law of the Sea: Selected writings*, Leiden, 2004.

VUKAS B., *The LOS Convention and the Sea Boundary Delimitation*, in VUKAS B. (ed.), *Essays on the New Law of the Sea*, Zagreb, 1985.

ZHANG S. X., *Chinese Human Smuggling Organizations: Families, Social Networks, and Cultural Imperatives*, Stanford, 2008.

#### RIVISTE

ADINOLFI A., *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc. 3, 2009.

ANDREONE G., *Immigrazione clandestina, zona contigua e Cassazione italiana: il mistero si infittisce*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale*, vol. 5, n. 1/2011.

ANNONI A., *L'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti di migranti: le responsabilità dell'Italia... e quelle degli altri*, in *SIDI Blog*, 6 maggio 2015

ANNONI A., *Il ruolo delle operazioni Triton e Sophia nella repressione della tratta di esseri umani e del traffico di migranti nel Mediterraneo centrale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 217

BARBERINI R., *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2003, p. 395 e ss.

BARTOLONI M. E., *Sulla partecipazione del Parlamento europeo alla formazione di accordi in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012.

BLOCKMANS S., CARRERA S., GROS D., GUILD E., *The EU's Response to the Refugee Crisis. Taking Stock and Setting Policy Priorities*, in *Ceps Essay* n. 20, 16 December 2015.

BODEAU-LIVINEC P., BUZZINI P., VILLALPANDO S., *Behrami & Behrami v. France; Saramati v. France, Germany & Norway*, in *American Journal of International Law*, 2008, p. 323 ss.

BRANDOLINO E., *Amministrazioni ONU e tutela dei diritti umani*, in *La Comunità internazionale*, 2008

BRUNO G. C., *La Corte europea dei diritti umani e il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite: la decisione Behrami e Behrami e Saramati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 187 ss.;

BUSCEMI M., *La Corte di Strasburgo opta per una soluzione soffice nel coordinare gli obblighi della Convenzione con quelli derivanti dalle Nazioni Unite: alcune riflessioni al margine della sentenza Al Dulimi*, in *Rivista AIC*, fasc. 3/2016, 7 novembre 2016.

CAFFIO F., *L'immigrazione clandestina via mare: l'esperienza italiana nella vigilanza, prevenzione e contrasto*, in *Rivista marittima*, 2003.

CAFFIO F., *Vigilanza, prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina via mare: l'esperienza italiana*, in *Rivista marittima*, 2003.

CAFFIO F., *L'emergenza immigrazione riaccende la tensione tra Italia e Malta*, in *Affari Internazionali*, 22 aprile 2010.

CAFFIO F., *Immigrazione clandestina via mare*, in *Rivista marittima*, supplemento, ottobre 2003.

CIAMPI V. A., *Un Ombudsperson per gestire le richieste al Comitato 1267 per la cancellazione dalle liste*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 106 ss.;

CLARK R. S., *The United nations Convention against Transnational Organized Crime*, in *The Wayne Law Review*, 2004.

COMELLI M., MATARAZZO R., *La coerenza della politica estera europea alla prova: il nuovo Servizio europeo per l'azione esterna*, Istituto Affari Internazionali, IAI 1010, maggio 2010, in [www.iai.it](http://www.iai.it).

CONFORTI B., *Le Convenzioni di Ginevra sul diritto del mare*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. IX, 1958.

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, relazione di SPIEZIA F., *La tratta di esseri umani: gli strumenti investigativi di cooperazione internazionale*, Roma, 14 ottobre 2008.

COSTELLO C., *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006.

D'AMBROSIO L., *Le «Système Lampedusa» incriminé par la Court Européenne des Droits de l'Homme*, in *SIDiblog*, vol. 2/2015.

DE BRUICKER P., *Solidarity as a sovereignty-reducing penalty for failing to meet responsibility in the European Border and Coast Guard*, 26 febbraio 2016, reperibile su [odysseus-network.eu](http://odysseus-network.eu).

DE SENA P., VITUCCI M. C., *The European Courts and the Security Council: Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 193 ss.;

DE VITTOR F., *Responsabilità di Stati e Unione europea da accordi per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 12, 2018, n. 1, p. 20.

DI FILIPPO M., *The allocation of competence in asylum procedures under EU law: the need to take the Dublin bull by the horns*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 59(2018), pp. 41-95.

DI PASCALE A., *La sentenza Hirsi e altri c. l'Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, n. 1.

DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA, *Associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Navigli usati per il trasporto di migranti con attraversamento di acque internazionali. Proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e possibilità di intervento*, 9 gennaio 2014, reperibile su [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it).

DOUGLAS-SCOTT S., *Comment on Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, Application No. 45036/98, Judgement of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 243 ss.

DREWNIAK E., *The Bosphorus Case: The Balancing of Property Rights in the European Community and the Public Interest in Ending the War in Bosnia*, in *Fordham International Law Journal*, 1996.

FAVILLI C., *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2/2016, pp. 405-426.

FAVILLI C., *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'Ue alla CEDU*, in *Questione Giustizia*, 3 febbraio 2015, reperibile su [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it);

FAVILLI C., *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo d'asilo*, in *Questione giustizia*, n. 2/2018, reperibile su [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it).

FORNARI M. N., *Soccorso di profughi in mare e diritto d'asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La Comunità Internazionale*, 2002.

FRANCIONI F., *The Gulf of Sirte Incident (United States v. Libya) and International Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1980-81.

FRESHWATER P., *The Obligation of Non – refoulement under the Convention Against Torture: When Has a Foreign Government Acquiesced in the Torture of Its Citizens?*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19, 2005, n. 4.

FRIED R., *Mastermind of Golden Venture Smuggling Ship Gets 20 Years*, in *New York Times*, 2 dicembre 1998.

GAIANI G., *Roccaforte Niger*, in *Analisi Difesa*, 9 luglio 2014, reperibile su [analisiidifesa.it](http://analisiidifesa.it).

GALLAGHER A. T., *A Shadow Report on Human Trafficking in Lao PDR: The US Approach vs. International Law*, in *Asian and Pacific Migration Journal*, vol. 15, issue 4, 1 dicembre 2006.

GATTI F., *La verità sul naufragio di Lampedusa, "Così l'Italia ci ha lasciati morire"*, in *L'Espresso*, 7 novembre 2013.

GESTRI M., *EUNAVFOR MED: fighting migrant smuggling under UN Security Council Resolution 2240(2015)*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2016.

GILIBERTO A., *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 giugno 2014.

GILIBERTO A., *La pronuncia della Grande Camera sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016.

GIUFFRÉ M., *State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-Backs to Libya?*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, n. 4, 2013.

GIUFFRÉ M., *From Turkey to Libya: The EU Migration Partnership from Bad to Worse*, su *Eurojus*, 20 marzo 2017

GIUFFRÉ M., MORENO-LAX V., *The Raise of Consensual Containment: From "Contactless control" to "Contactless Responsibility" for Forced Migration Flows*, S. Juss (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law* (Edward Elgar, Forthcoming).

GOODWIN-GILL G. S., *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, issue 3, 1 ottobre 2011.

GUTIERREZ CASTILLO V. L., *La zone contigüe dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982*, in *Annuaire de Droit de la Mer*, 2002.

KLEIN P., *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati*, in *Annuaire français de droit international*, 2007, p. 43 ss.

LAMBERT H., *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999.

LEANZA U., GRAZIANI G., *Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto*, in *La Comunità internazionale*, 2014.

MASIERO A. F., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Fascicolo 7-8, 2017.

MCDUGAL M., LASSWELL H., CHEN L., *The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights*, in *American Journal of International Law*, Vol. 70, Issue 3.

MILANOVIC M., PAPIC T., *As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 267 ss.;

MILANOVIC M., *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 121 e ss.

MORENO-LAX V., *Must EU Borders Have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carrier Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees*, in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, Issue 3, 2008.

MORI P., *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?*, in *Eurojus.it*, 7 settembre 2016.

MUNARI F., *La nuova pirateria e il diritto internazionale. Spunti per una riflessione*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 2, 2009.

NAERT F., *Legal Aspects of EU Military Operations*, in *Journal of International Peacekeeping*, Vol. 15, Issue 1-2, 201.

NASCIMBENE B., *Il futuro della politica europea di asilo*, in *Ispi Working Paper*, n. 25, giugno 2008, reperibile su *ispionline.it*.

NOLL G., *Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, issue 2, pp. 241-272.

NOVI C., *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005.

ODA S., *The Concept of Contiguous Zone*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1962.

PALCHETTI P., *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 681 ss.

PANSA A., *Le Proposte del Governo italiano a livello comunitario in materia di immigrazione*, documento presentato al convegno SIDI "Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno", Scuola Superiore Amministrazione dell'Interno, 18 giugno 2004. Reperibile in [www.stranieriinitalia.it](http://www.stranieriinitalia.it).

PAPA M. I., *Le autorizzazioni del Consiglio di sicurezza davanti alla Corte europea dei diritti umani: dalla decisione sui casi Behrami e Saramati alla sentenza Al-Jedda*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 229 ss.

PAPASTAVRIDIS E., *Rescuing 'Boat People' in the Mediterranean Sea: The Responsibility of States under the Law of the Sea*, in *Blog of the European Journal of International Law* (May 3L, 20n), reperibile online su [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

PISILLO MAZZESCHI R., *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004.

PEERS S., *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in *EU Law Analysis*, 18 dicembre 2014.

PUGLIA A., *Non siamo scafisti*, su *Vita.it*, 13 dicembre 2017.

RAMJI-NOGALES J., *Undocumented Migrants and the Failures of Universal Individualism*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 477, 2014

REBASTI E., *Corte europea dei diritti dell'uomo e responsabilità degli Stati per trasferimento di poteri a un'organizzazione internazionale: la decisione nel caso Gasparini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 65 e ss.

REALE G., *La pirateria del XXI secolo*, in *Rivista giuridica Molise e Sannio*, fasc. 3, 2009.

RIJPMAN J., *The proposal for a European Border Coast Guard: evolution or revolution in external border management?* in *Study for the LIBE Committee of the European Parliament*, 2016.

ROMAN E., *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDI Blog*, vol. 3, 2016.

RONZITTI N., *Il trattato Italia - Libia di amicizia partenariato e cooperazione*, gennaio 2009 in [www.iai.it](http://www.iai.it).

ROTHWELL D., *The Law of the Sea and the MV Tampa Incident*, in *Public Law Review*, vol. 13, n. 2, p. 120.

SALAMONE L., CAIOLA V., *Nota a Cassazione sez. III penale, 27 aprile 2005 n.15689*, [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

SALVADEGO L., *Controllo marittimo dell'immigrazione clandestina e giurisdizione penale del giudice italiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010.

SCHIANO DI PEPE L., *Diritto internazionale e traffico di migranti per mare: alcune brevi note*, in *Il Diritto marittimo*, 2003.



SCOTTI L., *Polizia di bordo e della navigazione* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Milano, 1985.

SCOVAZZI T., *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005.

SCOVAZZI T., *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, IV, 2003.

SEIN J., *The Prosecution of Chinese Organized Crime Groups: The Sister Ping Case and Its Lessons*, 2008, 11(2), *Trends in Organized Crime* 157.

SPIEZIA F., FREZZA F., PACE N. M., *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, 2002, p. 14.

SULLIVAN G., DE GOEDE M., *Between Law and the Exception: The UN 1267 Ombudsperson as a Hybrid Model of Legal Expertise*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 833 ss.

TANCREDI A., *Di pirati e Stati "falliti": il Consiglio di Sicurezza autorizza il ricorso alla forza nelle acque territoriali della Somalia*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008.

TESTA D., *Safeguarding Human Life and Ensuring Respect for Fundamental Human Rights: a Consequential Approach to the Disembarkation of Persons Rescued at Sea*, in *Ocean Yearbook*, Leida, 2014.

TONDINI M., *The Legality of Intercepting Boat People under Search and Rescue and Border Control Operations with Reference to Recent Italian Interventions in the Mediterranean Sea and the ECtHR Decision in the Hirsi Case*, in *The Journal of International Maritime Law*.

TREVES T., *Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer*, in *Recueil des cours*, vol. 223, 1990, vol. IV, p. 75.

VALENTI S., *La questione dell'applicabilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo alle forze di mantenimento della pace in Kosovo: i casi Behrami e Saramati*, in *Pace diritti umani*, 2008, p. 81 ss.;

VAN SELM J., COOPER B., *The New 'Boat People': Ensuring Safety and Determining Status*, report del Migration Policy Institute, 2006.

VASSALLO PALEOLOGO F., *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. 2/2010.

VASSALLO PALEOLOGO F., *Agrigento – Processo ai pescatori tunisini. Una sentenza contraddittoria*, in [www.meltingpot.it](http://www.meltingpot.it), 18 novembre 2009.

VENTRONE M., *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio Costituzionale*, marzo 2015.

WEISSBRODT D., HÖRTREITER I., *The Principle of Non-refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 5, 1999.

WILSON A., *The Mediterranean Crisis: Key Considerations for the UN Security Council*, in *Harvard National Security Journal Online*, 7 ottobre 2015

ZORZI GIUSTINIANI F., *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 2/2017, pp. 523-540.

## ELENCO DOCUMENTI CITATI

### Trattati internazionali

*Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217A(III), UN GAOR, 3rd sess., 183rd plenary meeting, UN Doc. A/810.

*Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery*, res. 608(XXI), Geneva, 30<sup>th</sup> April 1957.

*Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone* (Territorial Sea Convention), 516 UNTS 205, 29<sup>th</sup> Apr. 1958.

*Convention on the Continental Shelf*, (High Seas Convention) 499 UNTS 311, 29<sup>th</sup> Apr. 1958.

*Convention on the High Seas*, 450 UNTS 11, 29<sup>th</sup> Apr. 1958.

*Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas*, 559 UNTS 285, 29<sup>th</sup> Apr. 1958.

*International Covenant on Civil and Political Rights*, UNGA Res. 2200 (XXI), 999 U.N.T.S. 171, 16<sup>th</sup> Dec. 1966.

*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UNGA Res. 2200 A (XXI), UNTS 3, 16<sup>th</sup> Dec. 1966.

*OAU Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa*, 1001 UNTS 45, 10<sup>th</sup> Sep. 1969.

*Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, UNTS 1343, 25<sup>th</sup> Oct. 1980.

*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UNGA Res. 39/46, 1465, UNTS 85, 10<sup>th</sup> Dec. 1984.

*United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS), 1833 UNTS 3; 21 ILM 1261 (1982), 10<sup>th</sup> Dec. 1982.

*Convention on the Rights of the Child*, UNTS 1577, 20<sup>th</sup> Nov. 1989.

*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, 2220 UNTS 3, 18<sup>th</sup> Dec. 1990.

*United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2225 UNTS 209, Palermo, 15<sup>th</sup> Nov. 2000.

*Protocol Against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, A/RES/55/255, 31<sup>st</sup> May 2001.

*Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2241 UNTS, 15<sup>th</sup> Nov. 2000.

*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, A/RES/55/25, UN doc. A/55/383, 15<sup>th</sup> Nov. 2000.

### **Legislazione dell'Unione europea**

*Direttiva 2001/55/CE del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, in GUCE, L 212/12, del 7 agosto 2001.

*Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*, in GUUE L 328/2002.

*Decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (2002/946/GAI)*, in GUCE L 328/2002.

*Direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, in GUUE L 31/18, del 6 febbraio 2003.

*Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti*, in GUUE L 261/2004.

*Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, in GUUE L 304/12 del 30 settembre 2004.

*Council Regulation (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, OJ L 349/1, 25 novembre 2004.*

*Decisione del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione della parte terza, capitolo IV, del trattato che istituisce la Comunità europea (2006/616/CE), in GUUE L 262/2006.*

*Regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento rapido alle frontiere e modifica il regolamento (ce) n. 2007/2004 del consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati, in GUUE L 199/30, del 31 luglio 2007.*

*Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GUUE L 101/2011.*

*Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2012/C 326/02), in GUUE C 326/392 del 26 ottobre 2012.*

*Regolamento (UE) n. 603/2013 del 26 giugno 2013 che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione), In GUUE L 180/1 del 29 giugno 2016.*

*Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), in GUUE L 180/60.*

*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla sicurezza, COM (2015) 185 final, Strasburgo, 28 aprile 2015.*

*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulle migrazioni, COM (2015) 240 final, Bruxelles, 13 maggio 2015.*

*Proposta di regolamento COM (2015)671 relativo alla guardia costiera e di frontiera europea e che abroga il regolamento (CE) n. 2007/2004, il regolamento (CE) n. 863/2007 e la decisione n. 2005/267/CE del Consiglio, 15 dicembre 2015.*

*Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, in GUUE del 16 settembre 2016, L 251/1.*

*Seconda relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulle attività volte a rendere pienamente operativa la guardia di frontiera e costiera europea, COM (2017)201, def. del 2 marzo 2017.*

*Regolamento (UE) 2017/1325 del Consiglio del 17 luglio 2017 che modifica il regolamento (UE) 2016/44 concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Libia, in GUUE L 185/16, del 18 luglio 2017.*

*Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione, del 16 novembre 2017, che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi ai rimpatri, in GU L 339, del 19 dicembre 2017.*

### **Atti PESC**

*Azione comune 2002/210/PESC del Consiglio dell'11 marzo 2002 relativa alla missione di polizia dell'Unione europea, in GUUE, L 70, 13 marzo 2002.*

*Azione comune 2004/570/PESC del Consiglio del 12 luglio 2004 relativa all'operazione militare dell'Unione europea in Bosnia-Erzegovina, in GUUE, L 252, 28 luglio 2004.*

*Azione comune 2005/776/PESC del Consiglio del 7 novembre 2005 che modifica il mandato del rappresentante speciale dell'Unione europea per la Moldova, in GUUE, L 292, 8 novembre 2005.*

*Azione comune 2005/577/PESC del Consiglio del 18 luglio 2005 concernente l'azione di sostegno civile-militare dell'Unione europea alla missione dell'Unione africana nella regione sudanese del Darfur, in GUUE, L 188, 20 luglio 2005.*

*Azione comune 2005/355/PESC del Consiglio del 2 maggio 2005 relativa alla missione di consulenza e di assistenza dell'Unione europea per la riforma del settore della sicurezza della Repubblica democratica del Congo (RDC), in GUUE, L 112, 3 maggio 2005.*

*Azione comune 2007/677/PESC del Consiglio del 15 ottobre 2007, relativa all'operazione militare dell'Unione europea nella Repubblica del Ciad e nella Repubblica centrafricana, in GUUE, L 279, 23 ottobre 2007.*

*Azione comune 2008/112/PESC del Consiglio del 12 febbraio 2008 relativa alla missione dell'Unione europea a sostegno della riforma del settore della sicurezza nella Repubblica di Guinea-Bissau (EU SSR GUINEA-BISSAU), in GUUE, L 40, 14 febbraio 2008.*

*Decisione 2012/389/PESC del Consiglio del 16 luglio 2012 relativa alla missione dell'Unione europea per lo sviluppo delle capacità marittime regionali del Corno d'Africa (EUCAP NESTOR), in GUUE, L 187, 17 luglio 2012.*

*Decisione 2012/392/PESC del Consiglio del 16 luglio 2012 relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Niger (EUCAP Sahel Niger), in GUUE, L 187, 17 luglio 2012.*

*Council of the European Union, from the General Secretariat of the Council to the Political and Security Committee, "PGM Recommendations on the draft Crisis Management Concept for a possible CSDP operation to disrupt human smuggling networks in the Southern Central Mediterranean", doc. 8824/15, Brussels, 12<sup>th</sup> May 2015.*

*Council of the European Union, from European External Action Service (EEAS) to Political and Security Committee (PSC), "Military Advice on the 'Draft Crisis Management Concept for a possible CSDP operation to disrupt human smuggling networks in the Southern Central Mediterranean", doc. 8802/15, Brussels, 12<sup>th</sup> May 2015.*

*Council Decision (CFSP) 2015/778 of 18 May 2015 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED).*

*Council Decision (CFSP) 2015/972 of 22 June 2015 launching the European Union military operation in the southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), in GUUE L 157/51, 23<sup>rd</sup> June 2015.*

*Political and Security Committee Decision (CFSP) 2015/1772 of 28 September 2015 concerning the transition by EUNAVFOR MED to the second phase of the operation, as laid down in point (b)(i) of Article 2(2) of Decision (CFSP) 2015/778 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED) (EUNAVFOR MED/2/2015), in GUUE L 258/5, 3<sup>rd</sup> Oct. 2015.*

*Political and Security Committee Decision (CFSP) 2016/118 of 20 January 2016 concerning the implementation by EUNAVFOR MED operation SOPHIA of the United Nations Security Council Resolution 2240(2015) (EUNAVFOR MED operation SOPHIA/1/2016), in GUUE L 23/63, 29<sup>th</sup> Jan. 2016.*

*Council of the European Union, from the European External Action Service (EEAS) to Political and Security Committee and European Union Military Committee, “EUNAVFOR MED Op SOPHIA – Six Monthly Report 22 June – 31 December 2015”, doc. EEAS (2016) 126, Brussels, 28<sup>th</sup> Jan. 2016.*

*Council of the European Union, “Political and Security Committee Decision (CFSP) 2016/1635 of 30 August 2016 on the commencement of the capacity building and training of the Libyan Coast Guard and Navy by the European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED operation Sophia) (EUNAVFOR MED/3/2016).*

### **Legislazioni nazionali**

#### **Italia**

Legge n. 189, 30 luglio 2002, recante “Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo”, in G.U. n.199, 26 agosto 2002.

Decreto 14 luglio 2003, recante “Disposizioni in materia di contrasto all’immigrazione clandestina”, in G.U. n. 220, 22 settembre 2002.

Legge 16 marzo 2006, n. 146, recante “Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall’Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001”, in G.U. n. 85 dell’11 aprile 2006, S.O. n. 91.

Legge 6 febbraio 2009, n.7, recante “Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba



libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008”, in G.U., serie generale n. 40.

## **Stati Uniti**

*Presidential Decision Directive/NSC-9 on Alien Smuggling*, The White House, Washington, 18 giugno 1993, reperibile in [www.fas.org](http://www.fas.org).

## **Altri documenti**

Council of Europe, *Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto*, European Treaty Series n. 46, Strasburgo, 16 settembre 1963.

UNGA ris. 3454 (XXX), 10 dicembre 1975, Humanitarian assistance to the Indo-Chinese displaced persons.

Council of Europe, *Texts adopted at the European Conference on Uncontrolled Migration* (Budapest, 15-16 February 1993), Fifth Conference of European Ministers responsible for migration affairs (Athens, 18-19 November 1993), Doc. MMG-5(93), 5<sup>th</sup> Oct. 19, 1993.

UN General Assembly, Prevention of the Smuggling of Aliens, GA Res. 48/102, UN GAOR, 48<sup>th</sup> session, Agenda Item 10, UN Doc. A/RES/48/102, 8 March, 1994.

UN Secretary General, *Measures to Combat Alien Smuggling*, A/49/350, 49<sup>th</sup> session, 30<sup>th</sup> Aug. 1994.

UN Secretary General (addendum), *International Cooperation in Combating Transnational Crime: Smuggling of Illegal Migrants – Measures to Combat the Smuggling of Migrants*, UN Doc. E/CN.15/1997/8/Add.1, 8<sup>th</sup> Apr. 1997.

UN Committee against Torture: “General Comment No. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications)”, Sixteenth Session, 21 November 1997, A/53/44, annex IX.

Letter dated 16th September 1997 from the Permanent Representative of Austria to the United Nations addressed to the Secretary General”, Annex: “Draft international convention against the smuggling of illegal migrants”, UN doc. A/52/357, 17 Sep. 1997.

*Views of States on the elaboration of an international convention against organized transnational crime*, UN doc. E/CN.15/1997/7/Add. 1.

*Report of the informal meeting on the question of the elaboration of an international convention against organized transnational crime*, UN doc. E/CN.15/1997/7/Add. 2.

*Draft elements for an international legal instrument against illegal trafficking and transport of migrants (proposal submitted by Austria and Italy)*, 15<sup>th</sup> Dec. 1998, UN Doc. A/AC.254/4/Add.1

UN General Assembly, Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, “Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights” UN Doc. A/AC. 254/16, June 1, 1999.

Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights”, UN Doc. A/AC.254/16, June 1, 1999.

Office of the High Commissioner for Human Rights, *CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, Adopted at the Sixty-seventh session of the Human Rights Committee, on 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27. (General Comments) (Contained in document CCPR/C/21/Rev.1/Add.9).

Ad Hoc Committee for the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Draft Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, UN Doc. A/AC.254.4/Add.1/Rev.1, 13<sup>th</sup> May 1999.

Rolling text (A/AC.254/4 Add.1/Rev.1), Fourth Session, 28 June-9 July 1999.

Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Analytical Study on Serious Crime*, UN Docs. A/AC.254/22, 30<sup>th</sup> Nov. 1999; A/AC.254/22/Add.1, 13<sup>th</sup> Dec. 1999.

Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, the United Nations Children’s Fund and the International Organization for Migration on the draft protocols concerning migrant smuggling and trafficking in persons”, UN Doc. A/AC.254/27, 8<sup>th</sup> Feb., 2000.

Rolling text (A/AC.254/4 Add.1/Rev.5), Eight Session, 21 February-3 March 2000.

UN Economic and Social Council, “Guidelines for the Prevention of Crime”, ECOSOC Res. 2002/13, Annex, 24<sup>th</sup> July 2002.

UN High Commissioner for Refugees Executive Committee, *Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures*, Doc. No. 97 (LIV) 2003, 10<sup>th</sup> Oct. 2003.

Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Working Group on the Smuggling of Migrants, “Criminal justice responses, including international cooperation, in investigations and prosecutions of perpetrators of migrant smuggling operators”, CTOC/COP/WG.7/2018/2, Vienna, 4-5<sup>th</sup> July 2008.

Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, *Criminalization within the scope of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto: Note by the Secretariat*”, UN Doc. CTOC/COP/2008, 4<sup>th</sup> Sep. 2008.

Council of Europe Parliamentary Assembly, *Frontex: Human Rights Responsibilities*, Report, Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, 8 aprile 2013.

European Ombudsman, *Draft Recommendation of the European Ombudsman in his inquiry into complain OI/5/2012/BEH-MHZ against the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders (FRONTEX)*, 9 aprile 2013.

Conferences of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Working Group on the Smuggling of Migrants, Res. 7/1, *Strengthening the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Protocols thereto*, Vienna, 18-20 November 2015.

Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, (CTOC/COP/2016/3), *Activities of the United Nations Office on Drugs and Crime to promote and support the implementation of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Vienna, 17-21 October 2016.

OCHCHR, *UN Human rights chief: Suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity*, comunicato stampa del 14 novembre 2017.

UN Committee against Torture, “General Comment n. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, Sixty-second Session, 6 November-6 December 2017”.

**Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite**

UN Security Council, *Security Council resolution 2146 (2014) on the measures imposed on any vessels transporting crude oil illicitly exported from Libya*, 3 April 2014, S/RES/2146 (2014).

UN Security Council, UN Doc. S/PV.7439, 11 May 2015.

UN Security Council, *Security Council resolution 2240 (2015) [on migrant smuggling and human trafficking into, through and from the Libyan territory and off the coast of Libya]*, 14 October 2015, S/RES/2240 (2015).

UNSC, 7531st meeting, 9 October 2015, New York, “Maintenance of international peace and security”, doc. S/PV.7531.

UN Security Council, *Security Council resolution 2362 (2017) on extension of the authorizations provided by and the measures imposed by Security Council resolution 2146 (2014) and on extension of the mandate of the Panel of Experts concerning Libya until 15 Nov. 2017*, 29 June 2017, S/RES/2362 (2017).

*Statement of ICC Prosecutor to UNSC on the Situation in Libya*, 8 maggio 2017.

### **International Maritime Organization**

*Amendments to the International Convention on Maritime Search and Rescue*, IMO Res. MSC 70(69), 1979.

*Enhancement of Safety of Life at Sea by the Prevention and Suppression of Unsafe Practices Associated with Alien Smuggling by Ships*, IMO Res. A.773(18), 4<sup>th</sup> Nov. 1993.

*Proposed multilateral convention to combat illegal migration by sea*, IMO doc. LEG 76/11/1, 1<sup>st</sup> Aug. 1997.

*Interim measures for combating unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea*, MSC/896, 11<sup>th</sup> Dec.1998.

IMO, Maritime Security Committee (MSC), *Guidelines in the Treatment of Persons Rescued at Sea*, IMO Resolution MSC.167(78), adottate il 10 maggio 2004, IMO Doc. MSC 78/26/Add.2 Annex 34.

IMO, Facilitation Committee, *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea*, IMO Doc. FAL.3/Circ.194, 22 gennaio 2009.

### **Rapporti dello United Nations Office on Drugs and Crime**

UNODC, *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, UN Sales No. E.05.V.2 (2004).

UNODC, *Good Practices for the Protection of Witnesses in Criminal Proceedings Involving Organized Crime*, Vienna, 2008.

UNODC, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, Vienna, 2012.

UNODC, *The Role of Organized Crime in the Smuggling of Migrants from West Africa to the European Union*, Vienna, 2011

UNODC, *International Framework for Action to Implement the Smuggling of Migrants Protocol*, Vienna, 2011.

UNODC *Transnational Organized Crime in West Africa: A Threat Assessment*, Vienna, 2013.

### **Rapporti di Agenzie UE**

EUROPOL, *Migrant Smuggling in the EU*, febbraio 2016, reperibile su [europol.europa.eu](http://europol.europa.eu).

EUROPOL, *Migrant Smuggling Networks Joint Europol-INTERPOL Report. Executive Summary May 2016*, reperibile su [Europol.europa.eu](http://Europol.europa.eu).

EUROPOL, “Joint Operation Team launched to combat irregular migration in the Mediterranean”, 17 March 2015, reperibile su [Europol.europa.eu](http://Europol.europa.eu).

EUROPOL, “Two years of EMSC. Activity report Jan 2017 – Jan 2018”, 2018, reperibile su [Europol.europa.eu](http://Europol.europa.eu).

EUROPOL, *Migrant Smuggling Networks Joint Europol-INTERPOL Report. Executive Summary May 2016*.

### **Rapporti di Organizzazioni non governative**

IOM, *La tratta di esseri umani lungo la rotta del Mediterraneo centrale. Dati, storie e informazioni raccolte dall’Organizzazione Internazionale per le Migrazioni*, Roma, 2017.

IOM, *Migranti venduti come schiavi in Libia. Le drammatiche storie raccolte da IOM*, Ginevra, 11 aprile 2017.

IOM, *Current Trends from Bangladesh to Italy*, in *IOM Italy Briefing Issue No. 1*, giugno 2017.

SAVE THE CHILDREN, *Piccoli Schiavi Invisibili*, dossier di luglio 2017.

Borderline Sicilia, *Controversie nella politica migratoria europea – La concessione della protezione contro la sicurezza dei confini (Kidem)*, Catania, 2017.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Una tempesta perfetta. Il fallimento delle politiche europee nel Mediterraneo centrale*, Londra, 2017.

IOM, UNICEF, *Harrowing Journeys. Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking and exploitation*, New York, settembre 2017.

### **Giurisprudenza**

#### **Corte europea dei diritti umani**

*M. & Co. c. Repubblica federale di Germania*, ricorso n. 13258/87, sentenza del 9 febbraio 1990.

Corte EDU, *Cruz Varas e a. c. Svezia*, ricorso n. 15576/89, sentenza del 20 marzo 1991.

*D. c. Regno Unito*, ricorso n. 30240/96, sentenza del 2 maggio 1997.

*Khavara and Fifteen Others v. Italy and Albania*, ricorso n. 39473/98, sentenza dell'11 gennaio 2001.

*Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/02, sentenza del 5 febbraio 2002.

*Hermi c. Italia*, ricorso n. 18114/02, sentenza del 28 giugno 2005.

*Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Iralanda*, Grande Camera, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005.

*Beherami e Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, Grande Camera, ricorsi n. 71412/01 e 78166/01, sentenza del 2 maggio 2007.

*Saadi c. Italia*, Grande Camera, ricorso n. 37201/06, 28 febbraio 2008.

*Connolly c. 15 Stati membri dell'Unione europea*, ricorso n. 73274/01, decisione del 9 dicembre 2008.

*Beygo c. 46 Stati membri del Consiglio d'Europa*, ricorso n. 36099/06, sentenza del 16 maggio 2009.

*Gasparini c. Italia e Belgio*, ricorso n. 10750/03, sentenza del 12 maggio 2009.

*Tabesh c. Grecia*, ricorso n. 8256/07, sentenza del 26 novembre 2009.

*Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, ricorso n. 55721/07, sentenza del 7 luglio 2011.

*Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, Grande Camera, ricorso n. 27765/09, Strasburgo, 23 febbraio 2012.

*Nada c. Svizzera*, Grande Camera, ricorso n. 10593/08, sentenza del 12 settembre 2012.

*A. e Altri c. Regno Unito*, Grande Camera, ricorso n. 3455/05, sentenza del 9 luglio 2013.

*Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera*, ricorso n. 5809/08, sentenza del 26 novembre 2013.

*Perez c. Germania*, ricorso n. 15521/08, sentenza del 6 gennaio 2015.

*Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, 1 settembre 2015.

*Khlaifia e altri c. Italia*, Grande Camera, ricorso n. 16483/12, 15 dicembre 2016.

*N.D. e N.T. c. Spagna*, ricorsi n. 8675/15 e n. 8697/15, sentenza del 3 ottobre 2017.

### **Corte di Giustizia dell'Unione europea**

Causa C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, GUUE, C 58, 25 febbraio 2012.

### **Italia**

Tribunale di Crotone, n. 1118, sentenza del 12 settembre 2001.

Cass., Sez. I pen., n. 5583, sentenza del 28 ottobre 2003.

Cass., Sez. III pen., n. 15689, sentenza del 27 aprile 2005.

Corte d'Appello di Reggio Calabria, n. 1894/2008, sentenza del 1 luglio 2009.

Tribunale di Agrigento, sez. I penale, n. 954/09, sentenza del 7 ottobre 2009.

Cass., Sez. I pen., n. 32960, sentenza del 5 maggio 2010.

Cass., Sez. I pen., n. 16653, sentenza del 1 febbraio 2013.

Cass., Sez. I pen., n. 14510, sentenza del 28 febbraio 2014.

Tribunale di Ragusa, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo, n. 1216 – 1282/18 R.G.N.R.; n. 1182/18 R.G. GIP.